



وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية

قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية

صنوان القضاء وعنوان الإفتاء

تأليف

القاضي عماد الدين محمد بن محمد
ابن إسماعيل بن محمد الخطيب الأشفوقاني
(المتوفى ٦٤٦ هـ)

الجزء الثالث

تحقيق ودراسة

القاضي مجاهد الإسلام القاسمي
أمين عام مجمع الفقه الإسلامي - الهند





وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية
قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية

صنوان القضاء وعنوان الإفتاء

تأليف

القاضي صماد الدين محمد بن محمد
ابن إسماعيل بن محمد الخطيب الأشجورقاني
(المتوفى ٦٤٦ هـ)

الجزء الثالث

تحقيق ودراسة

القاضي مجاهد الإسلام القاسمي
أمين عام مجمع الفقه الإسلامي - الهند

بيان أرض الموات

[تعريف أرض الموات]

(١١٦١) واختلفوا في أرض الموات: فالمروي عن أبي يوسف رحمه الله: أرض الموات أن يفتح الإمام بلدة عنوة، ولم يقسم الأراضي بين الفسائين، وتركها مهملة أو قسم البعض ولم يقسم البعض، فما ترك ولم يقسم يكون مواتاً.

(١١٦٢) وذكر محمد رحمه الله في كتاب الشرب من المسوط: "كل أرض لا يملكها أحد من مسلم أو ذمي وانقطع عنها الماء وارتفاق أهل المصر أو القرية، كانت مواتاً، وإن كانت قرية من العمرات". وفي البقالي^(١): أرض الموات "ما لا يقرب من الماء ويفضل عن حاجة أهله".

وذكر ثمة أيضاً الأراضي المملوكة إذا انقضت أهلها فهي كاللقطة وقيل: كالموات.

١ - البقالي: هو محمد بن أبي القاسم الخوارزمي التحوي المعروف بـ "بقالي" كان إماماً فاضلاً فقيهاً مناظراً خبيراً بالمعاني والبيان، أخذ عن جاز الله محمود الزمخشري، وله مصنفات من الفتاوى وجمع التفاريق، وكتاب التفسير وكتاب التراجم بلسان الأعاجم وغيرها من الكتب. مات بمرجانية بخوارزم سنة ست وسبعين وخمسمائة ذكره السيوطي في البغية (الفوائد البهية ١٦١-١٦٢) وأيضاً ذكره الصفدي في الرائي بالوقفيات ٣٤٠/٤ وفي الجواهر المضية ٣٩٢/٤-٣٩٤) وهدية العارفين ٩٨/٢. لعل المراد بقوله في البقالي: فتاوى البقالي.

(١١٦٣) وذكر في نواذر هشام عن محمد رحمه الله: إذا كان للأراضي آثار عمارة من مستاة ونحوها، ولها أرباب لا يعرفون فإنه لا يسع لأحد أن يبيعها، ويتملكها أو يأخذ منها تراباً.

(١١٦٤) وروى هشام عن محمد رحمه الله في القصور الخربة والنواويس^(١) الخربة: إذا رفع الرجل منها التراب، وألقاها في أرضه، إن كانت قصوراً خربت قبل الإسلام فهي بمنزلة الموات لا بأس بذلك وإن كانت خربت بعد الإسلام وكان لها أرباب لكن لا يعرفون لا يسع لأحد أن يأخذ منها شيئاً لأن الأرض بالخراب لا تزول عن ملك المالك. ولو ظهر لها مالك تردّ عليه.

(١١٦٥) فإن زرع فيها يكون الزرع للزراع، إلا أن مقدار البذر وأجرة الأجراء يطيب له، ويتصدق بالريادة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ويضمن للمالك ما نقصتها الزراعة، كما لو غصب أرضاً فزرعها.

(١١٦٦) وذكر القدوري رحمه الله: ما كان منها عادياً لا مالك له أو كان مملوكاً في الإسلام إلا أنه لا يعرف له مالك في الإسلام بعينه وهو بعيد من القرية بحيث لو وقف إنسان وصاح لا يسمع الصوت فيه فهي موات^(٢).

(١١٦٧) ومعنى العادي ما قدم خرابه.

١ - النواويس: مقابر النصارى وإن كان عربياً فهو فاعول منه (لسان العرب ١٤/٣٢٦).

٢ - الفتاوى الهندية ٥/٣٨٦.

(١١٦٨) فاعتبر محمد رحمه الله انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كانت قرية من القرية^(١)، هكذا ذكره شيخ الإسلام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

(١١٦٩) وأصح ما قيل في القرب والبعد من العمرانات: أن يقف الرجل على طرف عمران القرية فينادي بأعلى صوت، فإلى أي موضع ينتهي إليه صوته يكون من فناء القرية، هكذا ذكره قاضي القضاة رحمه الله^(٢)، وروي عن أبي يوسف رحمه الله: إذا قام الرجل في آخر العمران ويصبح صيحةً وسطاً، فإلى أي موضع يبلغ صوته يكون من العمران، وما رواء ذلك يكون موافقاً إذا لم يكن مقبرة ولا فناءً لأهل القرية^(٣)، وعن محمد رحمه الله: يعتبر الصوت من دون القرية من الأراضي العامرة، وقال أبو عبد الله الجرجاني: يعتبر الصوت على قدر أذان الناس في العادة من غير أن يجهد نفسه.

(١١٧٠) هذا إذا لم يعرف أنها كانت ملكاً لأحد، فإن عرف أنها كانت مملوكة لمسلم أو ذمي، لكن لا يعرف المالك في الحال، ذكر القاضي الإمام الأجل أبو علي السقدي رحمه الله عن أستاذه الحاكم رحمه الله: أنه يجوز للإمام أن يدفعها إلى رجل ويأذن له بالإحياء فتصير لمن أحيأها^(٤).

١ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥.

٣ - والبعد عن القرية على ما قال، شرطه أبو يوسف رحمه الله (الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥).

٤ - الفتاوى الخانية ٣٧٨/١ على هامش الفتاوى الهندية.

[اشتراط إذن الامام للاحياء]

(١١٧١) ومن أحياء أرضاً ميتة بغير إذن الإمام لا يملكها عند أبي حنيفة رحمه الله، ويملكها عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وذكر الناطقي رحمه الله: "القاضي في ولايته بمنزلة الإمام في ذلك"^(١).

[تفسير الإحياء]

(١١٧٢) وتفسير الإحياء عن محمد رحمه الله في النوادر: أن إحياء الأرض لا يكون بالسقي والكراب، وإنما يكون بإلقاء البذر والزراعة، وذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله: "الإحياء أن يكرها ويسقيها، وإن كرمها ولم يسقها أو سقاها ولم يكرها، فليس بإحياء، وإن حوطها أو ستمها بحيث يعصم الماء فهو إحياء"^(٢)، وإن بذرها فهو إحياء، وعن أبي بكر رحمه الله: "الإحياء البناء والفرس أو الكراب والسقي" وذكر شمس الأئمة السرخسي: "الإحياء أن يجعلها صالحة للزراعة".

(١١٧٣) وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا بنى في أرض مسوات أو زرع فيها زرعاً قليلاً أو كثيراً، فإنه يكون إحياء لموضع البناء والزرع دون غيره.

(١١٧٤) وإن عمر قطعة، إن عمر أكثر من النصف يكون إحياء لها ولما بقي، وإن عمر نصفها له ما عمر دون ما بقي، فاعتبر الكثرة^(٣)، قال محمد

١ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥ نقلاً عن القاضي بخان والفتاوى الخانية ٣٧٩/١ على هامش الفتاوى الهندية.

٢ - لتفسير الإحياء وما يتعلق بها من المطالب (انظر: الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥-٣٨٧).

٣ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥ نقلاً عن محيط السرخسي.

رحمه الله: إذا كان الموت في وسط ما أحيا يكون إحياءً للكل، وإن كان الموت في ناحية لا يكون إحياءً لما بقي^(١)، وإن حفر فيها بئراً أو ساق إليها ماءً فقد أحياها، زرعها أو لم يزرع^(٢)، وذكره في خراج ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله.

[التحجير]

(١١٧٥) ومن حفر على أرض بحجارة يشبه النار فقد أحياها، هكذا ذكر في المنتقى قال: والتحجير ليس بإحياء^(٣).

(١١٧٦) وصورة التحجير: أن يمرّ الرجل بموضع في أرض الموت وأراد إحياء ذلك الموضع ولم يمكنه الإحياء للحال لانعدام آلات الإحياء، فيعلم علامة فيضع حول ذلك الموضع الأحجار، أو يحصد فيها من الحشيش والشوك، أو يفرس حولها أغصاناً يابسة، ويجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول فهذا تحجير وليس بإحياء^(٤)، وقد صح عن عمر رضي الله عنه أنه قال: من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لمتحجر بعد ثلاث سنين^(٥) حق، وأراد بالمتحجر ما قلنا، وهذا يقتضي أن يكون له حق

١ - الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥ نقلاً عن التاتارخانية.

٢ - قال في الفتاوى الهندية: ذكر ابن سميعة رحمه الله: إن حفر الخ ٣٨٧/٥.

٣ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥.

٤ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥.

٥ - أعلن عمر رضي الله عنه في إحدى خطبه: أيها الناس من أحيا أرضاً ميتة فهي له، (موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنهما) ٣٥.

قبل الثلاث، وبه أخذ بعض مشايخنا رحمهم الله وقالوا: التحجير يفيد ملكاً مؤقتاً للمتحرّر إلى ثلاث سنين، حتى أن إنساناً لو أحيا هذه الأرض قبل ثلاث سنين لا تصير ملكاً لهذا المحي؛ لأنه سبقت يد المتحرر فكان هو أولى من غيره.

(١١٧٧) كمن سبق بمكان في المسجد أو في الرباط أو في المفازة، وإذا كان هو أولى فليس لغيره أن يشغل بإحيائها، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: لو أن إنساناً أحيا هذه الأرض قبل ثلاث سنين تصير ملكاً للمحي؛ لأن التحجير لما لم يكن إحياء يبقى غير مملوك كما كان. أما إذا مضت تلك المدة ولم يعمرها كان للإمام أن يدفعها إلى غيره تحصيلاً لمنفعة المسلمين.

[ترك أرض الموات بعد إحيائها]

(١١٧٨) وإذا أحيا أرضاً ميتة بإذن الإمام، ثم لم يرها صالحة للزراعة فتركها وجاء آخر وزرعها، قال الشيخ الإمام الفقيه أبو القاسم بن أحمد بن حمزة بن عصمة البلخي رحمه الله^(١): الثاني أحق بها؛ لأن الأول كان أحق بها

١ - هو الشيخ الإمام الفقيه أبو القاسم الصفار (الجواهر المضية ١/٢٠٠) وفي الخاتمة نقل قاضي خان في فصل إجارة الأوقاف ومزارعتها: قال الشيخ الإمام أبو القاسم البلخي رحمه الله: لا يجوز إجارة الوقف أكثر من سنة إلا لأمر عارض يحتاج إلى تعجيل الأجرة بحال من الأحوال، (الفتاوى الخفانية على هامش الهندية ٣/٣٣٣).

لعله هو أحمد بن عصمة أبو القاسم الصفار المتوفى سنة ٣٢٦ أو ٣٣٦ (الجواهر المضية ١/٢٠٠) والفوائد البهية (٢٦).

مادام يشغلها فإذا تركها وأعرض عنها بطل حقه فيها، وغيره من مشايخنا رحمهم الله قالوا: الأول أحق بها وله أن يزرعها من يد الثاني^(١).

(١١٧٩) وحاصل الخلاف راجع إلى أن المحيي بالإحياء يملك رقبة الأرض أو منفعتها، كان الفقيه أبو القاسم رحمه الله يقول: يملك منفعتها لا رقبته، وعامة المشايخ رحمهم الله يقولون: يملك رقبته، قال شيخ الإسلام صاحب الهداية رحمه الله: الأصح أن للأول أن يزرعها من يد الثاني؛ لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث؛ إذ الإضافة فيه بلام التأكيد وملكه لا يزول بالترك.

(١١٨٠) ومن أحيا أرضاً ميتة ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب، ذكر إبراهيم بن رستم^(٢) عن محمد رحمه الله أن طريق الأول في الأرض الرابعة؛ لأنه حين سكت عمن الأول والثاني والثالث وعين الباقي طريقاً له فإذا أحياها الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى وليس له ذلك^(٣).

١ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥ باختصار.

٢ - قد مر ذكره ١٠٥/١.

٣ - الفتاوى الهندية ٣٨٧/٥، وملتنقى البحر ٥٥٨/٢-٥٥٩، ورد المختار ٥/١٠.

[إحياء الذمي]

(١١٨١) ويملك الذمي بالإحياء كما يملكها المسلم؛ لأن الإحياء سبب الملك ، إلا أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذن الإمام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك^(١).

[بيان الكفارات]

(١١٨٢) وأما بيان الحقوق الواجبة أجزية لأفعال العقلاء البالغين غير مبتدأة وتكون دائرة بين العبادة حالة الأداء، والعقوبة عند الوجوب، والسبب فيها غير موصوف بشيء من الإباحة نحو كفارة اليمين، وكفارة الإططار، وكفارة الظهار، وكفارة القتل، وكفارة لبس المخيط على وجه المعتاد حالة الإحرام ، وكفارة ذبح صيد الحرم وسائر الكفارات، وبيان العبادة التي فيها معنى المؤنة من غير اشتراط كمال الأهلية فيها، كصدقة الفطر.

[كفارة اليمين]

(١١٨٣) قال: إذا حنث الرجل في يمينه تلزمه الكفارة، إن كان موسراً يتخير: إن شاء أعتق رقبة مؤمنة أو كافرة، وإن شاء أطعم عشرة مساكين، كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاعاً من شعير، وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً^(٢).

١ - الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥ وبدائع الصنائع للكاساني ١٩٥/٦.

٢ - الفتاوى الهندية ٦١/٢ ، صحيحه القدوري ، وفي بعض الرواية الجواز وانظر للتفصيل: بدائع الصنائع ١٠٥/٥ ط: دار الكتب العلمية، لبنان والفتاوى التاتارخانية ٦٤/٥.

[خصال الكفارة]

[الكسوة]

(١١٨٤) قيل. أداه ما يحور فيه الصلاة، والمروي عن محمد وأبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: أداه ما يستر عامة بدنه حتى لو اقتصر على السراويل لا يحور، وهو الصحيح؛ لأنه يسمى عرياناً في العرف^(١).
والأصل فيه قوله تعالى ﴿مَكْفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ﴾ الآية^(٢)، وكلمة "أو" متى دخل على الإثبات كان للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة، وإن لم يقدر على أحد الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات عند أصحابنا رحمهم الله لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه^(٣) أنه قرأ: "فصيام ثلاثة أيام متتابعات"^(٤)، وهي

١ - الفتاوى الهندية ٦١/٢.

٢ - [المائدة / ٨٩]

٣ - عبد الله بن مسعود اهدي أبو عبد الرحمن أسلم قديماً وهاجر هجرتين، وشهد بدرأ والمشاهد بعدها، ولارم النبي ﷺ، وكان صاحب بعلية وحدث عن النبي صلى الله عليه والكثير، وروى عنه كبار الصحابة والتابعين، وهو أول من جهر بالقرآن بمكة، كان بعد من أهل بيت النبي ﷺ بشدة ملازمته، مات سنة اثنين وثلاثين أو ثلاث وثلاثين بالمدينة عني انقول الأئمة، كان أقرب الناس من رسول الله هدياً ودلاً، وسره عمر إلى الكوفة ليعلمهم أمور دينهم ويحث عماراً أميراً وقال: بهما من السجاء من أصحاب محمد ﷺ فافتدوا بهما، وكان من أكابر فقهاء الصحابة رضي الله عنهم أجمعين (الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني ٣٦٨/٢، والأعلام للزركلي ١٣٧/٤).

٤ وفي مصنف عبد الرزاق: أخبرنا عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن أبي إسحاق والأعمش قالا. في حرف ابن مسعود "فصيام ثلاثة أيام متتابعات"، قال أبو إسحاق =

كالخير المشهور، والريادة على كتاب الله كما تجور بالخير المتواتر تجوز بالخير المشهور.

وقال الشافعي رحمه الله: هو بالخيار: إن شاء تابعه وإن شاء فرّق كما في قضاء رمضان، وصوم جزاء الصيد، وصوم هدي المتعة والقران.

[الإعتاق]

(١١٨٥) فإن أعتق رقبة عن كفارة يمينه، أو عن كفارة طهاره إن كانت مؤمنة بجور بالإجماع، وإن كانت كافرة بجور عدناء، وعبد الشافعي رحمه الله لا يجوز، ويستوي فيه الصغير والكبير والدكر والأنثى والرضيع والعظيم؛ لأن الواجب عليه عتق رقبة مطلقاً، ومطلق الرقة يتناول المؤمنة والكافرة والصغير والكبير، ألا ترى! أن من قال: كل رقبة لي حرّ، يدخل فيه جميع ما ذكرنا من الرقاب^(١).

ولو أعتق حريباً إن كان في دار الحرب ولم يحلّ سبيله لا يحرره؛ لورود الاستبلاء عليه مرة بعد أخرى، ولو غلّي سبيله اختلف انشايح فيه، منهم من قال: يجوز، ومنهم من قال: لا يجوز^(٢)، وإن أعتق مرتدّاً فلا رواية فيه، منهم من قال: يجوز وإن أشرف على الهلاك، كما لو أعتق عبداً وجب عليه

- وكذلك نقرؤها (٥١٤/٩) بتحقيق المحدث الخليل حبيب الرحمن الأعظمي، لطبعة الأولى ١٩٧٢، المجلس العلمي - سملك عهرات).

١ - مجمع الأهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٤٥٠؛ والفتاوى الهدية ١/٥٠٩.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤/١٠.

القصاص، ومهم من قال: لا يجوز؛ لأنه بالرّدّة صار حريّاً، ولهذا يجوز قتله^(١).

(١١٨٦) ولو أعتق العمياء لا يجوز؛ لأنه لم يأت بإعتاق رقبة كاملة؛ لأن العمياء لا تدخل تحت الرقبة حتى لو قال: كل رقبة لي، فهو حرّ، لا تدخل فيه العمياء، هكذا ذكره الشيخ الإمام عبد الرحيم الكرمي في طريقته^(٢)؛ ولأن العمياء هالك من وجه، قائم من وجه، فيكون الرقبة فائتاً عن جميع أجزائه وهو مأمور بتحرير رقبة كاملة، وهذا التحرير صدر منه ناقصاً، فلا يجوز^(٣).

(١١٨٧) والأصل في جس هذه المسائل: أن العيب اليسير لا يمنع الجوار، والفاحش يمنع، واختلفوا في الحد العاصل بين اليسير والفاحش، والشافعي رحمه الله قال: كل عيب يمنعنا من إجبار العبد على الكسب في

١ - وفي الفتاوى الهدية. والمرند يجوز عند بعض الشايخ وعند بعضهم لا يجوز والمرندة تجوز بلا خلاف، كذا في المخطط ٥١٠/١.

٢ - وهو الشيخ الإمام عبد الرحيم بن أحمد بن إسحاق الكرمي، المعروف بسيف الديس الملقب بالإمام، توفي سنة سبع وستين وأربعمائة ودفن بـ"مستان" (الجواهر المصينة للقرشي ٤٠٩/٢).

٣ - انظر تفصيل هذه المسألة: مجمع الأهر في شرح ملتقى الأعسر ٤٥٠/١؛ والفتاوى الهدية ٥١٠/١؛ والفتاوى التاتارخانية ٩/٤. وفي الفتاوى الهدية: وإن أعتق عبداً حريّاً في دار الحرب لم يحرثه عن الطهارة، وإن أعتقه في دار الإسلام أحرأه، كذا في شرح المبسوط للسرخسي ٥١١/١.

بفقتة، يكون فاحشاً يمنع الجوار؛ لأنه حينئذ يجب القضاء على المولى بفقتة فكان المولى حينئذ يكون مسقطاً عن نفسه ما يكون واجباً عليه، فيكون الإعتاق بعوض، فلا يجوز عن كفارة يمينه . وإن كان عبداً لا ينعما من إيجاب العبد على الكسب في بفقته كان يسيراً؛ لأن العقدة حينئذ يكون على العبد لا على المولى فعلى هذا، العوز عيب لا ينعما من إيجاب العبد على الكسب؛ لأنه يمكنه أن يكتسب بإحدى العيين، والعمى وقطع اليدين والرجلين وقطع اليد والرجل من جانب واحد، وقطع إصم اليدين يمنع بالإجماع لمساواة جسس المنفعة بفواتها.

والخذ الفاصل عند بعض مشايخا رحمهم الله. كل عيب يوجب كمال القيمة في العبد، وكمال الذية في الحر يمنع جوار التكثير وبعضهم قالوا: هذا الخذ لا يسم^(١)؛ فإنه يجوز إعتاق مقطوع الشمتين ومقطوع الأشعار والمحجوب، وهذه القناص لو حصل أوجب كمال الذية في الحر وكمال القيمة في العبد، ومع هذا لو أعتق مقطوع الأشعار والشمتين والمحجوب يجوز.

(١١٨٨) والصحيح أن يقال كل عيب أوجب فوات جسس المنفعة من كل وجه يكون فاحشاً ومنع الجوار، وإن كان لا يوجب فوات جسس المنفعة يكون يسيراً فلا يمنع^(٢).

١ - وفي نسخة "أ" (لا يسم) وفي نسخة "ب" و "ح" (لا يسم) لكن الصحيح (لا يتم)

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٩/٤.

فإن قيل: هذا يشكّل بما لو أعتق لمحبوب أو الخصى أو الأصم فإنه يجوز، وقد فات جنس المنفعة بهذه العيوب، وكذا إذا أعتق مقطوع اليد والرجل من جانب واحد لا يجوز، وإن لم يمت هاها جنس المنفعة، قلنا: الأصم إن كان بحيث لا يسمع أصلاً لا من القريب، ولا من البعيد، لا يجوز، وإن كان محال إذا صيح عليه يسمع، فالقياس: أن لا يجوز وهو رواية الوادر إلا أنها استحساناً للجواز لأن أصل المنفعة باقٍ، وأما المحبوب والخصي فإن بالحب والخصي لم يمت جنس المنفعة؛ لأن منفعة هذا العصور خروج ما في الباطن إلى الطاهر، وكل هذا لم يمت؛ لأن خروج المني إن فات بالخصي لم يمت خروج البول، وبالحب لم يمت، لا خروج المني ولا خروج البول.

(١١٨٩) ولو أعتق المحبون الذي لا يعقل لا يجوز؛ لأن الانتفاع بالحوارح لا يكون إلا بالعقل فكانت المنافع، والذي يحرم ويفيق يجزئه؛ لأن الاعتلال غير مانع^(١).

(١١٩٠) قال: وإن أعتق أحد الشريكين عبداً مشتركاً بينهما باوياً عن كراهة بمجته، لا يجزئه عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان المعتق موسراً أو معسراً، اختار الساكت تضمين المعتق أو استثناء العبد، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن كان المعتق موسراً أو ضمن نصيب شريكه يجزئه، وإن كان معسراً وسعى العبد الساكت في نصيبه لا يجزئه، وقال الشافعي رحمه الله: يجزئه، سواء كان المعتق موسراً أو معسراً، وهذه المسألة فرع لمسألة أخرى^(٢).

١ - الفتاوى الهدية ١/٥١٠، والفتاوى التاتارخانية ٤/١٠.

٢ - الفتاوى الهدية ١/٥١٠ ورد المختار ٥/١٣٨ والفتاوى التاتارخانية ٤/١١.

(١١٩١) وهو: أن العتق يتجرأ أو لا يتجرأ، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يتجرأ، سواء كان المعتق معسراً أو موسراً، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يتجرأ، سواء كان المعتق موسراً أو معسراً، وقال الشافعي رحمه الله كما قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: حالة اليسار لا يتجرأ، يتجرأ حالة الإعسار، ولا يتقص شيء من نصيب الساكت بإعتاق المعسر حتى كان للساكت بيعه وهبته وإعتاقه، وإذا كان لا يتجرأ فإذا أعتق أحدهما نصيبه عتق كله وجار عن كفارته إذا كان موسراً، لأنه متى كان موسراً يملك نصيب شريكه بالصمان فصار الكل ملكاً له وقت الإعتاق فيجزيه عن الكفارة كمن صحى شاة معصوبة، ثم صمن للمالك فإنه يجزيه عن الأصحية؛ لأنه بالصمان ملكه من وقت العصب، فصار مضحياً ملك نفسه، وإن كان معسراً لا يجزيه وإن عتق الكل على ملكه حتى كان الولاء كله لمعتق فكان هذا عتقاً حصل للعبد بعوض لوجوب السعاية عليه، فلا يجري عن الكفارة^(١).

(١١٩٢) قال: وإذا اشترى أباه أو ابنه أو أمه نائياً عن كفارة يمينه فإنه يجزيه استحساناً، وبه أئيد علماء الثلاثة رحمهم الله، وفي القياس: لا يجزيه، وبه أحد زمر والشافعي رحمهما الله، ولم يذكر محمد رحمه الله القياس والاستحسان في كتاب الإيمان، وإنما ذكر في كتاب الطلاق^(٢).

١ - انظر للتفصيل: ملتقى الأبحر وجمع الأبحر لداماد آمدي ٤٥١/١

٢ - البحر الرائق لابن نجيم ١١١/٤ وملتقى الأبحر وجمع الأبحر ٤٥٠/١، وبدائع الصائغ ١٠٠/٥.

(١١٩٣) وقد روي عن عبد الله الثلجي ^(١) أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول لا يجرى القريب عن كفارة بيمينه كما لا يجرى المخلف عليه بعنته إذا نوى التكفير عند لشرط إلا أنه رجع عن هذا القول وقال ^(٢) لا يجرى القريب ولا يجرى المخلف عليه بعنته، هكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله

(١١٩٤) أما إذا اشترى أحماء أو أخته أو ذا رحم محرم منه سوى الوالدين، والمولودين نائياً عن كفارة بيمينه فعلى هذا الخلاف، والخلاف في ماعدا الوالدين والمولودين يتحقق بين وبين رحمه الله، ولا يتحقق مع اشاعمي رحمه الله؛ لأن عمده لا يعتق بالقرابة ماعدا الوالدين والمولودين، ويكون القريب والأجنبي عمده سواء ^(٣).

(١١٩٥) وإذا قال لرجل: أعتق عبدك عني ألف درهم من كفارة بيمينى فأعتقه المأمور فعلى قول عثمانى الثلاثة يقع العتق على الأمر ويسقط عنه الكفارة ويجب عليه ألف درهم للمأمور، وقال رحمه الله يقع العتق عن المأمور ويكون الولاء له.

ولو قال أعتق عبدك عني بغير شيء عن كفارة بيمينى، فأعتقه قال أبو حنيفة ومحمد رحمه الله يقع العتق عن المأمور، ويكون الولاء له، وقال أبو

١ - وفي نسخة "ذ" "السحبي"

٢ - وفي نسخة "ب" "صعة الإثبات أي قال (في القول المرجوع إليه) "يجري القريب ولا يجرى المخلف عليه" وهكذا في نسخة "ج" و "د" وهو الصحيح لموافق لمسياق

٣ - مجمع الأملر ١/٤٥٠

يوسف والشافعي رحمهما الله: يقع العتق عن الأمر ويكون الولاء له ويسقط عنه الكفارة^(١).

ولو قال: أعتق عبدك عن كفارة يميني ولم يقل: "بغير شيء" فأعتق، فالدسالة على هذا الخلاف إلا أن عند أبي يوسف رحمه الله يجب القيمة على الأمر، وإن قال: "بغير شيء" لا يجب القيمة؛ لأنه أمره بأن يقضي عنه حقاً وإعتاقاً فإذا قضى كان له الرجوع بما قضى إلا أن يقول: "بغير شيء" فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يرجع بشيء^(٢).

قال: ولو أن رجلاً قال إن اشتريت فلاناً فهو حر عن يميني، ثم اشتراه بنوي به تلك اليمين، عتق عنه عن كفارة يمينه؛ لأن بية الكفارة وجدت عند علة العتق، بخلاف ما إذا لم يو عند اليمين ونوى عند الشراء عن كفارة يمينه، فإنه لا يجزئه؛ لأن بية التكفير وجدت عند شرط العتق لا عند علة العتق^(٣).

(١١٩٦) ولو أن رجلاً اشترى أمة قد ولدت عنه فأعتقها عس كفارة يمينه فإنه لا يجزئه؛ لأنه لم يوجد منه بية الكفارة وقت الشراء فيكون المصروف إلى الكفارة ما وراء حق العتق وإنه ناقص فلا يجزئه عن الكفارة، كما لو أعتق أم ولد له استولدها مملوك اليمين، أو أعتق المدبر؛ لأن المصروف إلى الكفارة ما وراء حق العتق وإنه ناقص

١ - الفتاوى الهندية ١/٥١١ وقال كذا في السراج الوهاج، وبدائع الصائغ ١٠٧/٥.

٢ - بدائع الصنائع ١٠٧/٥.

٣ - الفتاوى الهندية نقلاً عن المحيط ١/٥١٣.

أما إذا قال: إن اشتريتها فهي حرة عن كفارة يميني فإنه يحريه؛ لأن سببه التكفير وجدت عتق العتق لا عتد شرط العتق؛ لأن حق العتق ثابت بسبب الولد، قال. ولو أن رجلاً أعتق نصف عبده عن كفارة يمينه وأطعم خمسة مساكين لم يحرق في قول أبي حنيفة رحمه الله وعدهما: يحور؛ لأن عتدهما لما لم يتحرأ العتق، فإذا أعتق النصف سببه الكفارة كان عترة ما لو أعتق الكل عس الكفارة، فجعل بعد هذا متبرعاً بإطعام خمسة مساكين، وعتد أبي حنيفة رحمه الله: لما كان العتق يتحرأ يصير معتقاً نصف الرقة عن الكفارة ونصف الرقة عن الكفارة لا يحريه، وتكمل العتق بالإطعام متعذر؛ لأن تكميل الشيء إما يكون بنفسه وحسه ولا محاسة بين العتق والإطعام؛ لأن أحدهما إسقاط والآخر تملك، والتملك مع الإسقاط حسان مختلفان معنى، وإذا تعذر التكميل بقي كل واحد منهما نافصاً فلا يحور^(١).

(١١٩٧) بخلاف ما إذا أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين فإنه يحور، وبكمل أحدهما بالآخر، وللشافعي رحمه الله ثلاثة أقوال: في قول: لا يحور، وفي قول: يحور إذا كان النصف الباقي من كل الرقة حرراً وفي قول: يحور، سواء بقي النصف الباقي رقيقاً أو حرراً.

قال: إن رجلاً اشترى عبداً بيعاً فاسداً فقصه ثم أعقه عن كفارة يمينه جاز؛ لأنه أعتق ما يملكه؛ لأن شراء العاسد يوجب ملك بالقصر على ما عرف.

١ - انظر. بدائع الصائغ ١٠٧/٥.

بيان تداخل الكفارات

(١١٩٨) قال: وإذا وجب على الرجل كفارتان أو ثلاث كفارات من جنس واحد، فأعتق ثلاث رقاب جهة أو متفرقة، ناوياً عن الكفارات كلها ولم يبيّن بأن هذه الرقبة من هذه اليمين أو من تلك اليمين فإنه يحريه استحساناً في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله وفي القياس لا يحريه، وهو قول رفر رحمه الله.

وجه القياس: لما أعتق رقبة ولم يبيّن، انقسمت الرقبة على الكفارات كلها لاستفاء الأولوية، وإذا انقسمت الرقبة الأولى على الثلاث فكذا الثانية والثالثة يصير معتقاً عن كل كفارة رقبة من ثلاثة أشخاص فلا يحريه، كما إذا كانت الكفارات من أحاس مختلفه وكما إذا كان عليه كفارة واحدة فأعتق رقبة من ثلاث رقاب فإنه لا يحور، وإن كان عليه ثلاث كفارات من أحاس مختلفة فعلى قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله: إذا أتى بعدد الواجب ناوياً عن الكفارات لكن لم يبيّن كله عن كل كفارة، فإنه لا يحريه، وقال الشافعي رحمه الله: يحريه^(١).

وإذا حث العبد في عبه لا يحور نكفيره إلا بالصوم، فإن كفر عنه مولاه لا يحريه أيضاً، سواء كفر عنه بأمره أو بغير أمره^(٢)، لأن العبد ليس من

١ - انظر للتفصيل بدائع الصنائع لكتابي ٩٩٥، والقنوى التاتارخانية ١١/٤.

٢ - الصاوي الهندية نقلاً عن النهر الفائق ١٢/١ والصاوي التاتارخانية نقلاً عن الدخيرة ٦٥/٥.

أهل التملك والملك حتى يجعل القدر المؤدى ملكاً له، وإذا لم يكن كذلك يكون الكفارة ملكاً لولاه، والكفارة إنما تنأى بملك المكفر لا بملك غيره، هذا إذا كفر اليمين بتحرير الرقعة، أما إذا كفر بالإطعام فهذا على وجهين: إما أن كفر على وجه التملك، أو على وجه الإباحة، فإن كفر على وجه التملك فوظيفة التملك مقدر بصف صاع من الحنطة، أو صاع من الشعير، أو التمر، ولو أدى بدل الحنطة والتمر والشعير من دقيق، أو سويق يجوز عند عمائنا الثلاثة رحمهم الله كما في صدقة العطر .

[الإطعام]

(١١٩٩) وقال بعض العلماء رحمهم الله: إنكفر بالإطعام على وجه تملك لا يجوز واحتج بظاهر قوله ﴿فَإِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾ .
لأن الإطعام في حقيقة اللغة، عبارة عن إيصال الطعام إلى جوف الغير؛ لأنه متعدٍ من طَعَمَ يَطْعُمُ والصعم: عبارة عن إيصال الطعام إلى نفسه، فيكون الإطعام عبارة عن إيصال الطعام إلى جوف الغير بوضع النقرة في فيه، أو بالصب في حقيقه، وإحقيقه غير مراد، إما لأنه متعد، وإما لأن ما هو المراد فهو المتعارف بين الناس، وإذا لم يكن حقيقة مراداً كان المراد منه هو التسليط والتمكين من الأكل على وجه لا يكون فيه تملك، لأن حقيقة الإيصال لو كان مراداً لا يكون فيه غيب لا نقضاً حتى المالك عند وضع النقرة في فيه فجعل

عبارة عن التسليط من حيث الإباحة، وإذا صار التسليط على الأكل بالإباحة مراداً لا يكون التملك مراداً؛ لأن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان تحت لفظ واحد، وأصحابنا رحمهم الله قالوا: الإطعام: عبارة عن التسليط على الأكل فقوله: ﴿إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ﴾ ^(١) كأنه قال: فسلطوا عشرة مساكين على أكل الطعام.

ولو قال: هكذا، يتناول التملك والإباحة جميعاً؛ لأن التسليط على الأكل يقع بالوعيين، فيتناول عموم المجاز لا جمعاً بين الحقيقة والمجاز تحت لفظ واحد، كما لو حلف وقال: عبده حرٌّ يوم يقدم فلان فإنه يعتق عبده، قدم فلان ليلاً أو نهاراً باعتبار عموم المجاز؛ لأن اليوم صار عبارة عن الوقت بمساراً يعرف الاستعمال، فكأنه قال: عبده حر وقت يقدم فلان، ولو قال: هكذا، دخل الليل والنهار تحت اللفظ، عملاً بعموم المجاز لا جمعاً بين الحقيقة والمجاز تحت لفظ واحد، ولأنه شبه هذا بإطعام الأهل، وإطعام الأهل كما يتسأدى بالإباحة يتأدى بالتمليك.

(١٢٠٠) وإذا أطعم طعام عشرة مساكين بطريق الإباحة بأن عذاهم أو عشاها فإنه يجزيه عبداً، وقال الشافعي: لا يجزيه، وإذا أراد أن يطعم طعام الإباحة فإنه يجزيه إذا عذاهم وعشاها، أما إذا عذاهم أو عشاها لا غير فإنه لا يجزيه، وقال الحسن البصري رحمه الله: يجزيه، احتج بظاهر قوله: ﴿فَإِطْعَسَامُ

عَشْرَةَ مَسَاكِينَ ﴿ فَإِذَا أَطْعَمَ كُلَّ مَسْكِينٍ لُقْمَةً وَاحِدَةً، ينبغي أن يخرج عن عهدته الأمر إلا أنما ردا على اللقمة ما يقع به الكفاية في اليوم، والكفاية في اليوم تحصل بالمرة الواحدة وعلمنا أنها رحمهم الله قالوا: إن الكفاية في العالب تقع عشرين ، ولهذا قدر الشرع في التملك من الحطة نصف صاع ونصفه ظاهراً وعالماً يؤكل مرتين، ولأنه شبه بطعام الأهل، وطعام الأهل في العالب أن يكون مرتين^(١).

(١٢٠١) ثم إذا أراد أن يعتيهم ويعشيهم فالمستحب له أن يعتيهم ويعشيهم بحز معه إدام اعتساراً بطعام الأهل، وإن أعطاهم خيراً من غير إدام يجزيه عندها، وقال بعض العلماء رحمهم الله لا يجزيه؛ لأن الواجب عليه أدون الطعام وأدون الطعام، ما يكون مع الإدام^(٢)، فإنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: إن أدون ما يطعم الرجل أهله الخمر مع التمر ، وأوسطه الخمر مع الزيت ، وأعلاه الخنزير مع اللحم.

(١٢٠٢) ثم المعتبر في طعام الإباحة: الشع، ولا عبرة لمقدار الطعام، حتى روي عن أبي حنيفة أنه قال إذا قدمت ثلاثة أرعفة بين عشرة مساكين وشعوا جار ذلك، وإن لم يبلغ ذلك إلا صاعاً أو نصف صاع وإن كان أحدهم شعاعاً اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يجوز إن تناولوا أكل شيئاً، لأن طعام العشرة قد وجد وقد شعوا، وبعضهم قالوا: لا

١ - انظر للتفصيل. بدائع الصنائع ١٠٢/٥ ١٠٣ والعناوى التاتارحانية ١٥/٤

٢ - المناوى التاتارحانية ١٦/٤، وفيه وإن لم يبلغ ذلك صاعاً أو نصف صاع

يجوز؛ لأنّ المأخوذ عليه أن تشيع عشرة مساكين وهؤلاء تسعة؛ لأن الواحد منهم شيعان^(١).

قال وإذا أفرط يساء في الأكل فأكل في العشاء والعشاء مقدار أكثين لا يجوز إلا عن أكلة واحدة، لما ذكرنا أنه مقدار ما كلتين مشعتين

قال وإذا دعا عشرة مساكين، أحدهم صبي فطيم أو فوق ذلك ساء لا يجزيه، لأن الكفارة شرع مردع، والرجز لا يقع بطعام الصبي، ولأنه لو جاز أن يكون الواحد صبياً جاز أن يكون العشرة كذلك، فعني كانت العشرة كذلك يشعرون بشيء يسير من الطعام فلا يقع الرجز والردع^(٢)

(١٢٠٣) قال ولو أعطى عشرة مساكين كل مسكين مداً من حنطة لا يجوز؛ لأن المأخوذ عليه في الكفارة سد عشر جوعات، وما فعل لم يحصل^(٣).

(١٢٠٤) وإن أخرج خمسة صوع حنطة من ماله إلى عشرين مسكيناً لا يجوز أيضاً؛ لأن المأخوذ عليه في الكفارة شبنان: مراعاة عدد المساكين ومراعاة وطيفة كل مسكين، ووطيفة كل مسكين فيها مقدار بنصف صاع من حنطة فعني دفع إلى عشرين فقد أحل^(٤) بمقدار وطيفة كل مسكين

١ - الفتاوى التاتارخانية ١٥/٤-١٦

٢ - الفتاوى التاتارخانية ١٦، ٤، والفتاوى الهندية ١٤/١

٣ - بدائع الصنائع ١٠٢/٥، والفتاوى الخانية على هامش الهدية ١٩/٢

٤ - اتفقت السح الأربعة على لفظ "أحلى" ليس في "حلها" "أحل"، فتدبر

إن لم يحل بمقدار عدد المساكين، ولو أحلى بمقدار عدد المساكين لم يحرم، فكذلك إذا أحلى بوظيفة كل واحد منهم بخلاف صدقة الفطر، فإنه إذا صرف إلى مسكين أو ثلاثة جاز ذلك؛ لأن المأخوذ عليه مراعاة قدر الوظيفة لا مراعاة عدد المساكين.

قال- وبو أعطى مسكيناً واحداً خمسة أصوع لم يحرم؛ لما ذكرنا أن الواجب عليه سد عشر جوعات، وفي المستقى- روى إبراهيم^(١) عن محمد رحمه الله: إذا عذاهم في يوم وعشاهم في يوم كان أبو يوسف رحمه الله يقول لا يجوز إلا أن يكون في يوم واحد، قال المصنف فقد أجازه أبو يوسف رحمه الله، ولو عذاهم وأعطاهم مدّاً مدّاً مكان العشاء لا يحرمه.

(١٢٠٥) قال صاحب الدخيرة رحمه الله ولو أعطى مسكيناً واحداً طعام عشرة مساكين في عشرة أيام يجوز عند علمائنا رحمه الله، وقال الشافعي. لا يحرمه، ورواية^(٢) في موضع آخر: كان أبو يوسف رحمه الله مرة يقول: يجوز، ومرة يقول لا يجوز، وكان يقول مسكين واحد لا يكون عشرة مساكين^(٣).

(١٢٠٦) قال. ولو أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين فهذا على وجهين إما أن يكون الطعام طعام تمليك، أو طعام إباحة، فإن كان طعام

١ - هو أبو بكر إبراهيم بن رستم الدروري قد مرّت ترجمته في المجلد الأول/ ١٠٥

٢ - وفي نسخة "ب" "رأيت".

٣ - انظر: بدائع الصالح ١٠٤/٥-١٠٥.

ثمليك فإنه يجوز أيهما كان أعلى والآخر أرخص، فيجعل الأعلى بدلاً عن الأرخص، حتى يتم به وظيفة العشرة من الأرخص ولا يجعل الأرخص بدلاً عن الأعلى؛ لأن المكفر بما أدى قصد إسقاط الواجب عن دمه، وإنما يحصل هذا المقصود إذا جعل الأعلى بدلاً عن الأرخص^(١).

أما إذا كان الطعام طعام إباحة إن كانت الكسوة أعلى من الطعام يجوز؛ لأن في الكسوة ما في طعام الإباحة وريادة شيء، وإن كان الطعام أعلى من الكسوة لا يجوز؛ لأنه لا يتم وطبقتهما من الطعام، ولا يمكن أن يجعل الطعام بدلاً عن الكسوة؛ لأن الطعام طعام إباحة، والإباحة لا تنوب عن التمييز، وهذا كله عند علمائنا رحمهم الله، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز عن أحدهما كيف ما كان.

(١٢٠٧) وهذه المسألة مرع لمسألة أخرى وهو أن أداء القيمة عن المصنوع عليه في الحقوق المالية يجوز عدنا، وعنده: لا يجوز^(٢).

(١٢٠٨) قال: ولو أن رجلاً أطعم خمسة مساكين في كفارة بيمسه، ثم صار معسراً كان عليه أن يستقبل التكفير بالصوم؛ لأن تكميل أحدهما بالآخر غير ممكن لاختلافهما صورة ومعنى؛ لأن معنى العبادة في الصوم إنما هو الكف عن قضاء الشهوة "ومعنى العبادة" في الطعام: سد حلة المحتاج، ولا موافقة بينهما صورة ومعنى.

١ - المصدر السابق ١٠٦/٥-١٠٧، والفتاوى التاتارخانية نقلاً عن الأصل ٦٣/٥.

٢ - انظر: هذه المسألة مفصلة في بدائع الصنائع ١٠٦/٥-١٠٧، وفي التاتارخانية نقلاً عن الأصل ٦٣/٥-٦٤.

(١٢٠٩) قال: ولو أن رجلاً عليه كفارة اليمين أو القتل فلم يجد شيئاً ما يكفر به، وهو شيخ كبير ولم يصم حتى صار قانياً لا يجوز له الفدية؛ لأن صوم الكفارة بدل عن المال، ولهذا لا يجوز المصير إلى الصوم إلا بعد العجز عن التكفير بالمال، والفدية لا يجوز إلا عن صوم هو أصل بنفسه؛ لأن جوار الفدية عرف نصاً بخلاف القياس؛ لأن إقامة الطعام مقام الصيام أمر لا يهتدي إليه العقل لانهاء الموافقة بينهما في المعنى^(١).

(١٢١٠) وإن أوصى بأن يكفروا عنه في كفارة اليمين كفّروا عنه بالطعام أو بالكسوة، وفي كفارة القتل كفّروا عنه بالإعتاق؛ لأن عد وجود الوصية يبقى التركة على حكم ملك الميت فصار فعل الوارث بأمره كفراً بنفسه، وليس لهم أن يطعموا عنه مكان الصيام؛ لأن الميت لو أطعم بنفسه مكان الصيام لا يجوز، فكذا الوارث.

ذكر في كفارة اليمين الإطعام والكسوة ولم يذكر الاعتاق؛ لأنه ذكر التكفير بغيرهم أدى ما يكفر به، وذكر الاعتاق في كفارة القتل؛ لأن كفارة القتل إنما هو الاعتاق والصوم، وتكفيره عنه بالصوم لا يمكن فتعين الاعتاق، هذا إذا أوصى، فإن كفّروا عنه بغير وصية يجوز تبرع الورثة بالإطعام والكسوة إن شاء الله تعالى، ولا يجوز بالإعتاق؛ لأن في الاعتاق إرأه الولاء على الميت، وليس لأحد ولاية إرأه الولاء على الميت في الإطعام والكسوة إرأه شيء على

الميت^(١) ولا يجوز الإطعام في كفارة القتل؛ لأنه غير مذكور في النص فلا يمكن إثبات ذلك قياساً.

قال: ولو أوصى أن يطعموا عنه في كفارة الأيمان يصح من الثلث؛ لأن حقوق الله تعالى لا تتعلق بالتركة عدداً إلا بإيجابه، وما لا يتعلق بالتركة إلا بإيجابه يعتبر من الثلث كسائر الوصايا، وعد الشافعي رحمه الله يعتبر من جميع المال؛ لأن حقوق الله تعالى عنده تتعلق بالتركة من غير إيجابه كحقوق العباد.

قال: ولو أوصى بأن يعتق عبداً عن كفارة يمينه إن كان العبد يخرج من ثلث ماله بحريه، وإن كان لا يخرج من ثلث ماله يعتق ثلثه ولا يحريه عن الكفارة، كما لو أعتق نفسه في مرض موته، هذا إذا احتار التكفير بالإطعام، أما إذا احتار التكفير بالكسوة فأعطى كل مسكين نصف ثوب، أو أعطى ثوباً بعشرة مساكين لم يحره عن الكسوة؛ لأن وطيفة كل مسكين ثوب تام.

(١٢١١) والكسوة المعتبرة في التكفير إما هو الإزار أو الرداء أو القميص أو القباء أو الكساء، والمراد من الإزار الملاءة، لأن الإزار متى دكسر مطلقاً يراد به ذلك في عرف لسانهم^(٢)

(١٢١٢) ثم إن محمداً رحمه الله ذكر القميص والحية والقباء، ولم يذكر فيه حال القبايض، هل يعتبر فيه أم لا؟ قال بعض مشايخنا رحمهم الله:

١ هكذا في نسخة "أ" و "ب" (وسقطت العبارة عن "ح"، والسياق يقتضي أن تكون العبارة. وليس في الإطعام والكسوة إرام شيء على الميت، والله أعلم بالصواب

٢ - الصاوي التاتارخانية ٦١/٥-٦٢، وبدائع الصالح ١٠٥/٥

يعتبر فيه حال القابض حتى إذا كان الثوب لا يصلح لا يجوز، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: يعتبر فيه الوسط إن كان بحال يصلح لأوساط الناس يجوز، وما لا فلا، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا القول أشبه بالصواب^(١).

وأما العمامة ذكر في ظاهر الرواية: أنه لا يجوز، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إن كانت العمامة بحال يمكنه أن يلف في البدن يجوز، وما لا فلا^(٢).

وإد لم يجزه عن الكسوة هل يجزيه عن الطعام، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن في ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله إن كان يبلغ قيمته قيمة طعام عشرة مساكين يجزيه، بوي أن يكون بدلاً عن الطعام أو لم يور، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا بوي يجزيه وإن لم يور لا يجزيه^(٣)، قال الحاكم الشهيد: ذكر علي بن الحعد عن أبي يوسف رحمه الله^(٤) في المستقى. أنه قال: لا

١ - الفتاوى النافذة ٦١/٥ - ٦٢.

٢ - الفتاوى النافذة ٦٢/٥.

٣ - الفتاوى النافذة ٦٢/٥.

٤ - علي بن الحعد بن عبيد أبو الحسن الجوهري، كان من أصحاب أبي يوسف، ولد سنة ست وثلاثين ومائة، ورأى الإمام أبا حنيفة وحضر جنازته ومات سنة اثنين وثلاثين ومائتين وروي عنه البخاري وأبو داود ويحيى بن معين وأبو بكر بن أبي شيبة وأبو زرعة وحنبل آخر، قال ابن معين: ثقة صدوق، وقال أبو حاكم. مؤمن صدوق (الفوائد البهية ملخصاً ١١٩-١٢٠).

يجزئ الطعام عن الكسوة ولا الكسوة عن الطعام من غير فصل بين ما إذا سوى أو لم ينو، وقال زهر رحمه الله لا يجزئه إن لم ينو؛ لأن كل واحد منهما مخصوص عليه في الكفارة، وما كان مخصوصاً عليه في باب لا يصح بدلاً عن غيره في ذلك الباب كالتمر مع الحطة في صدقة الفطر، فإنه لو أدى نصف صاع من تمر يطلع قيمته قيمة صاع من بر لا يجوز^(١).

[الصوم]

(١٢١٣) وأما بيان من يجوز منه التكفير بالصوم قال: من يجوز له التكفير بالصوم: هو المعسر ومن لا يجوز: فهو الموسر

والموسر في كفارة اليمين من له فصل عن كفايته مقدار ما يكفر به يمينه إذا لم يكن في ملكه عين المصوص عليه، أما إذا كان في ملكه عبداً واحداً وكسوة عشرة مساكين، أو إطعام عشرة مساكين لا يعتبر الإعسار واليسار ولا يجزئه الصوم؛ لأن الله تعالى شرع الصوم في حق من لا يقدر على التكفير بأحد الأشياء الثلاثة، وهو قادر على ذلك فلم يكن التكفير بالصوم مشروعاً في حقه، وإن لم يكن في ملكه عين المصوص عليه حيث لا يعتبر الإعسار واليسار^(٢).

وقد ذكر الصدر الإمام الأجل برهان الأئمة صاحب المحيط رحمه الله في كفارة الطهار: أن من ملك رقبة لزمه العتق، وإن كان يحتاج إليها، فهي

١ - الفتاوى التاتارخانية ٦٣/٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥٧/٥.

كفارة اليمين يكون كذلك، وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا كان للرجل فصل عن مسكنه، أو كسوته، أو خدمته، فعليه الطعام في كفارة اليمين ولا يجزيه الصوم، ويعتبر أن يكون ذلك الفضل مائتي درهم فصاعداً، وفي رواية: مقدار ما يشتري به طعام عشرة مساكين، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله في المجرّد: إذا كان للرجل قدر ما يشتري به طعام عشرة مساكين لم يجزه الصوم، وعن ابن مقاتل رحمه الله أن من له قوت يوم وليلة لا يجزيه الصوم في كفارة اليمين، إن كان الطعام الذي عنده مقدار طعام عشرة مساكين، وقيل: إن كان عنده أقل من قوت شهر فإن له أن يصوم، وعن محمد رحمه الله: إن كان هو ممن يعمل بيده يحبس قوت يوم، وإن كان ممن لا يعمل بيده يحبس قوت شهر، وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا كان عليه ثياب البدن وليس له مسكن ويسأل الناس ما يأكل وكان له خادم لا يجوز له الصوم في كفارة اليمين، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: إذا لم يكن عنده إلا قدر طعام يجوز به الكفارة، أو دراهم أو دينار، مقدار ما يشتري به ذلك لا يجزيه الصوم^(١).

ولو كان له عروض أو أوانٍ ما لا يبلغ قيمة الطعام جاز له الصوم ما لم يكن الفصل عن الكفاف مقدار ما يبلغ قيمة الطعام، وإن كان له مال عائب، أو دين على الناس، ولا يحد من يعتق، ولا ما يكسو، ولا ما يطعم، أحرأه الصوم. هكذا ذكر محمد رحمه الله، قالوا تأويله في مسألة العيبة: إذا لم يكس

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥٧/٥ - ٥٨.

في مال العائب مملوك يجزئ عن الكفارة، أما إذا كان في مال العائب مملوك يجزئ عن الكفارة، لا يجزئ الصوم؛ لأن التكفير بالصوم شرع في حق من لا يقدر على التكفير بأحد الأشياء الثلاثة، والعيب لا تنافي انقدرة على الاعتناق، وتأويله في الدين إذا كان الدين على معسر لا يقدر على الأداء، أما إذا كان الدين على ملي يقدر على الأداء إن تقاضاه قدر عليه، لم يجزه الصوم، هكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله، وكذا قالوا في امرأة إذا لرمتها الكفارة ولها على الروح مهر وروحها قادر على الأداء: لم يجزها الصوم^(١)

ولو كان له مال وعليه ديون كثيرة مثل ماله أو أكثر، أجرأه الصوم بعد ما يقضي ديه من ذلك المال، هكذا ذكر محمد رحمه الله، أما قبل قضاء الدين اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، وإنما اختلفوا؛ لأن محمدا رحمه الله ذكر في الأصل ما يدل على القولين، أما الذي يدل على عدم الحوار قوله: "بعد ما يقضي ديه من ذلك المال" وأما الذي يدل على الحوار، تعليقه محل الصدقة له، وفي المنتقى روى إبراهيم عن محمد رحمهما الله: إذا كان على الرجل عشرة دراهم دينا، وعنده عشرة دراهم عينا وعليه كفارة بمسكين، قال: لا يجزئ الصوم^(٢).

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله: إذا كان على الرجل دين كثير وله ما يقدر على أن يطعم به: لم يجزه الصوم^(٣)

١ - المتناوى التاتارخانية ٥٨/٥

٢ - المتناوى التاتارخانية ٥٨/٥ - ٥٩

٣ - المتناوى التاتارخانية ٥٩/٥.

وإنما يعتبر اليسار والإعسار عند حالة الأداء حتى إذا حث وهو معسر. وأخر الصوم حتى أيسر، أو أصاب عدداً فإنه لا يجزئ الصوم، بَلْعَاً ذلك عن ابن عباس وإبراهيم النخعي رضي الله عنهما^(١)

[كفارة الطهار]

(١٢١٤) وأما كفارة الطهار قال: كفارة الطهار مهية حرمة الاستمتاع الموقفة إلى غاية التكفير^(٢)، وإنما تصاف الكفارة إلى الطهار؛ لأنها شرعت عدية للحرمة؛ لأنها لم تشرع إلا لإثبات الحل، والعاية صفة لتحكم محدود إيها، فلم يكن مقصوداً بمسها فلا يجوز إيجها مقصوداً بمسها، كالطهارة في باب الصلاة لا نجس مقصوداً بمسها بدون إرادة الصلاة، والطهار لا يوجب الكفارة؛ لأنه مكر من القول ورور، وكبيرة محصة، والكبيرة المحصة لا تصلح سباً للكفارة بل توجب حرمة الاستمتاع، لأن لفظ الطهار موضوع للتحريم في أصل الوضع وكان طلاقاً في الجاهلية، فقرر الشرع أصبه، ونقل حكمه إلى تحريم مؤقت بالكفارة غير مزيل للكناح، فاسب أن يكون الكفارة رافعة للحرمة وعاية لها، فإن كفر قبل العود صح من حيث أنه عدية كالمحدث إذا تطهر قبل إرادة الصلاة

[من يجوز طهاره]

(١٢١٥) والطهار جائز من كل من جاز طلاقه، وكل من ملئت التحريم بالطلاق، ملئت التحريم بالطهار

١ - الفسوى التاتارخانية ٥٩٥ ، نقلاً عن الحسن بن رباد عن أبي حنيفة

٢ - الفسوى لهدية ١٠٥٠٦/١ والفسوى التاتارخانية ٢/٥ ، ومجمع الأهر ١٤٤٨، ١

[تعليق الظهار بشرط]

(١٢١٦) ولو علق الظهار بشرط ثم أباه، ثم وجد الشرط لم يثبت الظهار؛ لأنها لم تبق محلاً للظهار حال وجود الشرط، بخلاف ما إذا علق النيسوة بالشرط؛ لأن النيسوة إذا تعلقت تضمنت بالطلاق، فيلحقها الطلاق، وإذا صبح الظهار حرمت المرأة عليه حتى يكفر؛ لأن الكفارة جعلت وقتاً للظهار فلا ينتهي الحرمة دون ذلك الوقت، ولو كفر بعد ما بانث المرأة منه، أو بعد ما تزوجت بروح آخر جاز؛ لأن الكفارة مهيبة للحرمة، وإنهاء الحرمة لا يستدعي قيام الملك^(١).

[ما يتحقق به الظهار]

(١٢١٧) قال: وإن شبه الرجل امرأته، وقال: "أنت عليّ كظهر أمي" أو شبه عصواً منها بعصو يعبر به عن جميع البدن، أو جزءاً شائعاً، يكون ظهاراً، سوى أو لم ينو، وإن ذكر عصواً لا يعبر به عن جميع البدن، لم يثبت الظهار عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله^(٢).

وإن شبه امرأته بعصو من أمه سوى الظهر، أو شبه بدوات المحارم كالأخت والعمّة والحالة، أو من حرمت عليه بالرصاص، أو بالنصهرية وكان مما لا يجوز النظر إليه كالبطن والفخذ والفرج فهو ظهار؛ لأن الظهار تشبيه المحلّة

١ - الفتاوى الهندية ٥٠٦/١.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥-٤-٥٠.

بالمحرمة^(١)، ولو شبهها بامرأة ربي لها أبوه أو ابنه، فهو مطاهر في قول أبي يوسف، وقال محمد رحمه الله: لا يكون مطاهراً، والشافعي رحمه الله مال إلى قول محمد رحمه الله^(٢)، ولو قبل أجبية منبهة، أو نظر إلى فرجها بشهوة، ثم شبه زوجته بابتها لم يكن مطاهراً في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يكون مطاهراً^(٣) وإن شبهها بامرأة نحل له في حالة أخرى كأخت امرأته أو امرأة لها روح لم يكن مطاهراً؛ لأنها ليست محرمة على التأييد^(٤).

ولو قال ها: "أنت عليّ كظهر أمك" يكون ظهاراً، ولو قال: "كظهر ابتك" إن كان قد دخل بها يكون ظهاراً وإلا فلا^(٥)، وإن شبهها بامرأة الابن أو الأب، يكون ظهاراً^(٦).

[النية في الظهار]

(١٢١٨) ولو قال: "أنت عليّ كأمي" أو "أنت عليّ كمثل أمي" يرجع إلى نيته، فإن بوى البر والكرامة لا يلزمه شيء، وإن بوى الظهار فهو ظهاراً لأنه نوى ما يحتمله لفظه^(٧).

١ - الفتاوى الهندية نقلاً عن الجوهرة النيرة ٦/١ ٥

٢ - الفتاوى الهندية نقلاً عن الطهوية ٥٠٦/١ ٥.

٣ - الفتاوى الهندية نقلاً عن المحيط ٥٠٦/١، والفتاوى التاتارخانية ٢/٤

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٢-١/٤

٥ - الفتاوى الهندية نقلاً عن السراج الوهاج ٥٠٦/١

٦ - الفتاوى الهندية ٥٠٦/١.

٧ - الفتاوى الهندية وقال كذا في فتح القدير ٥٠٧/١، والخامسة ٥٤٢/١

(١٢١٩) وإن لم يوشئاً، قل أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: لا يلزمه شيء، وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله: أنه إيلاء^(١)؛ لأنه شبهها بالحرام، فصار كأنه قال لها: "أنت عليّ حرام"، ولم يوشئاً، وعنه في رواية: أنه ظهار، وهو قول محمد رحمه الله، ولو قل: "أنت عليّ حرام كظهر أمي"، لم يكن إلا ظهاراً، وإن بوى الطلاق يكون طلاقاً، وإن بوى الطهار يكون طهاراً؛ لأنه شبهها بالأم وصرح بالحرمة، والتشبيه بالأم يحتمل الطهار، وإن بوى الإيلاء يكون إيلاءاً؛ لأن قوله: "أنت عليّ حرام" يحتمل حرمة الإيلاء، وإن لم يوشئاً يكون ظهاراً وهو قول محمد رحمه الله، وروى بشر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله: أنه إيلاء، وعن أبي حنيفة رحمه الله في رواية: أنه ظهار كما هو قول محمد رحمه الله.

قال الخصاص رحمه الله: الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله هذا^(٢).

١ العناوى الهدية، ونقل تفصيل هذه المسألة عن العناوى الخاتية وعناية البيان والجامع الصغير ٥٠٧/١.

٢ قال المصنف رحمه الله: قال الخصاص رحمه الله الخ وهكذا في اتاتار حاتية حكاية عس الخاتية ٤/٤، سبب التصحيح إلى الخصاص وفي العناوى الهدية سبب التصحيح إلى الخصاص رحمه الله، فقال: وذكر الخصاص الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله ما قال محمد رحمه الله، كذا في فتاوى قاضي خان (الهدية ٥٠٧/١).
فقابلناه من الخاتية فوجدنا أنه سبب هذا القول إلى الخصاص فقال: "وذكر الخصاص رحمه الله: الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله ما قال محمد رحمه الله" (الخاتية على هامش الهدية ٥٤٢/١).

قال: ولو ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى: "أنت عليّ مثل هذه ينوي الظهار فهو ظهار"^(١).

وكذا إذا قال رجل لامرأته: "أنت عليّ مثل امرأة فلان عليه يسوي الطهار كان مطاهراً، وإن لم يو الطهار لا يلزمه شيء"^(٢).

قال: وإن ظاهر من واحدة ثم قال لأخرى: أشركتك في ظهار فلانة، كان مظاهراً معها؛ لأن إشتراك هذه في ظهار فلانة إيجاب جرم من الحرمة التي أوجبها لفلانة^(٣)، وإيجاب جرم من الحرمة إيجاب الجميع؛ لأن الحرمة لا تنجز^(٤).

قال: ولو ظاهر من امرأته، وهي أمة العير ثم اشتراها، لم يكن له أن يقرها حتى يكفر، وكذا إن أعتقها ثم تزوجها^(٥).

قال: ولو ظاهر من أمته أو أم ولده، لا يحرم عليه وطؤها؛ لأن آية الطهار وردت في النساء المصافة إنياء، والأمة ليست من النساء المصافة إلياء، ولا في معاصها؛ لأن حل الوطء في الكاح مقصود، وفي ملث اليمين تبع، فالنص الوادر ثمة لا يكون وارداً ههنا^(٦).

١ - الفتاوى المتأرخية ٧/٤.

٢ - الفتاوى المتأرخية ٧/٤؛ والفتاوى الهدية نقلاً عن المحيط ٥٠٩/١.

٣ - وفي نسخة "أ" (إفادته) وهو خطأ.

٤ - الفتاوى المتأرخية ٧/٤، والفتاوى الهدية ٥٠٩/١.

٥ - الفتاوى الحامية على هامش الهدية ٥٤٤/١.

٦ - الفتاوى الحامية بمش الهدية ٥٤٣/١.

وكذا إذا طهرت من زوجها لا يلزمها الكفارة، كما لو أصابت،
وقال أبو يوسف رحمه الله: يلزمها الكفارة، وروى عن الحسن بن زياد رحمهما
الله: أنه قال: يلزمها كفارة اليمين^(١).

قال: ولو قال لامرأته: "إذا دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي" ثم
طلّقها، ثم دخلت الدار في العدة، لا يلزمه الظهار؛ لأنه لو بجزّ الظهار في هذه
الحالة لا يصح، فكذا إذا صار المعتق محرراً عند الشرط^(٢).

[تعليق الظهار بالمشيئة]

(١٢٢٠) قال: ولو قال: "أنتِ عليّ كظهر أمي إن شاء الله" لا
يلزمه شيء، ولو قال: "إن شاء فلان أو شئت" فهو على المشيئة في الحال^(٣)

[توقيت الظهار]

(١٢٢١) قال: ولو ظاهر امرأة معومة يوماً أو شهراً، ثم مضى
الوقت سقط الظهار، وقال الشافعي رحمه الله: يحكم الثابت بالظهار لا يقبل
التوقيت كالحكم الثابت بالطلاق^(٤).

[الظهار المعلق على التزويج]

(١٢٢٢) قال: ولو قال لأحبيّة: "إذا تزوجتك فأنت عليّ كظهر
أمي" فتزوجها يكون مظاهراً، ولو قال: "إذا تزوجتك فأنت طالق"، ثم قال:

١ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٥٤٣/١.

٢ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٥٤٤/١.

٣ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٥٤٣/١.

٤ - الفتاوى التاتاريخانية ٥/٤.

"إذا تزوجتك فأنت عليّ كظهر أمي" فتزوجها، يلزمه الطلاق والطهار جميعاً؛ لأنهما يقعان في حالة واحدة، وكذا لو قال: "إذا تزوجتك وأنت عليّ كظهر أمي" فتزوجها يقع الطلاق ولا يلزمه الطهار في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: لرماء جميعاً، وهذا بناءً على أن الترتيب في التعليق يوجب الترتيب في الزول عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يوجب، فإذا وقع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله، صارت مائة والمائة لا تكون محلاً للطهار، أما إذا برل^(١) الطهار أولاً فسبق الطهار لا يخرجها من أن يكون محلاً للطلاق، فيقع الطلاق أيضاً^(٢)

قال: وإن ظاهر من امرأته مرتين أو ثلاثاً في مجالس مختلفة، فعليه لكل طهار كفارة، وكذا إن ظاهر منها في مجلس واحد ثلاث مرّات، وكذا إذا ظاهر الرجل من أربع نسوة، فعليه أربع كفارات؛ لأن الكفارة عاية لرفع الحرمة، والحرّمات أربع، فيحتاج كل حرمة إلى عايتها لتنتهي، كمن طلق أربع نسوة ثلاثاً دفعةً واحدةً، لا تحل واحدة منهن حتى تنكح كل امرأة زوجاً آخر، وعند الشافعي رحمه الله لا يلزمه إلا كفارة واحدة^(٣).

١ - وفي نسخة "ب" (نوى) محل (نزل).

٢ - الفتاوى الخانية بمأش الهندية ٥٤٣/١.

٣ - مجمع الأمر في شرح ملتقى الأبحر ٤٤٩/١، والفتاوى الهندية ٥٠٩/١، والفتاوى الخانية ٥٤٣/١.

[ظهار المسلم والذمي والمرتد]

(١٢٢٣) قال: وإذا طاهر المسلم، وهو حر أو عبد، وروجته حرة أو أمة أو مسلمة أو كتابية، كبيرة أو صغيرة فهو مطاهر؛ لأنه طاهر من روجته^(١).

(١٢٢٤) وإن كان الروح ذمياً فظهاره باطل، لأن الطهار يوجب الحرمة إلى عاية الكمارة، فاعتبر الإسلام ابتداءً لثبت حرمة هذا الوصف، واعتبر عند التكفير ليصح التكفير، والذمي ليس بأهل للتكفير بالصوم فلا يصح ظهاره^(٢).

(١٢٢٥) وإذا طاهر المسلم من امرأته، ثم ارتد -والعياد بالله- ثم أسلم، فهو عسى طهاره في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف وعمر بن محمد رحمهما الله: يبطل طهاره بطريان الردة كاليمين بالله تعالى^(٣).

[ظهار السكران والمكره والأخرس]

(١٢٢٦) قال: وظهار السكران والمكره لارم كطلاقهما وظهار الأخرس بالإشارة والكتابة^(٤).

١ - الفتاوى التاتارخانية نقلاً عن شرح الطحاوي ٢/٤، ومجمع الأهر ١/٤٤٦.

٢ - الفتاوى الهندية ١/٥٠٨.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤/٥٥، والفتاوى الحنفية على هامش الهدية ١/٥٤٤.

٤ - الفتاوى التاتارخانية نقلاً عن الولوالحية ٤/٢-٣.

[وطء المظاهر منها قبل التكفير]

(١٢٢٧) قل. ولا ينبغي للمرأة التي طاهر منها أن تدعه ليقرها حتى

يكفرها؛ لأن الوطء حرام قبل التكفير، فلا يحل لها المساعدة على الحرام^(١)

(١٢٢٨) قال. وما أن تطالبه بالتكفير حتى إذا رفع الأمر إلى

القاضي يجب عليه أن يجبره على التكفير، ويحبسه حتى يكفر، أو يطلق، قال.

وكفارة انطهار تحب بالطهار والعود، فإن الله تعالى عطف العود على الطهار

في بيان سبب الكفارة، والمعطوف يأخذ حكم المعطوف عليه^(٢).

[تفسير العود]

(١٢٢٩) واحتلموا في تفسير العود، قال: أصحابنا رحمهم الله: "العود"

هو العريضة على أن يطأها، وقال الشافعي رحمه الله: العود هو العرم على

الإمساك حتى لو سكت عن طلاقها عقيب الطهار نبت العود، وقال أصحاب

الطواهر: العود أن يكرّر لعط الطهار^(٣)، فالشافعي رحمه الله قال لما حرم

الوطء على نفسه على التأييد، لا يمكنه الإمساك، فإذا عرم الإمساك فقد نقص

عرمه في الطهار، ونحن نقول: موجب الصهار هو التحريم، فيكون بقصه في

العرم على الوطء؛ لأنه قد عاد فيما حرم. فإذا عاد ثم بدا له أن يطأها^(٤)،

فكأنها تحب الكفارة غير مستقرة، ولهذا تسقط عوته وموتها.

١ - الماوى الهدية ١/٥٠٧، ومجمع الأهر ١/٤٤٣، والفتاوى التاتارخانية ٤/٧-٨

٢ - مجمع الأهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٤٤٨، والفتاوى الهدية ١/٥٠٧.

٣ - هكذا في السح الثلاث، تندير، وأيضاً في الفتاوى التاتارخانية ٤/٨

٤ - كذا في نسخة "ج" وفي نسخة "أ" و "ب" (لا يطأها)

وقال الشافعي رحمه الله: لما سكنت عن الطلاق عقيب الظهار، استقرت الكفارة؛ لأنها حكم علق بالسب، وقد تم السب فيجب الحكم بوصف الاستقرار، وأصحابنا رحمهم الله قالوا: العود في العزم على الوطء، والعزم لا يقع مستقراً، فإنه يجوز عليه القبض، فلم تحب الكفارة مستقرة، والتكفير بعد الظهار قبل العود جائز؛ لأن التكفير حيث لا يكون تعجيل الحكم قبل تمام السب؛ لأن الكفارة شرعت إهَاءً للحرمة الثابتة بالظهار فلا يمكنه أن يوقع العمل حلالاً إلا بعد إهَاء الحرمة بالكفارة، فيجوز التعجيل على العمل، ليكون العمل واقعاً بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة، والله أعلم بالحقيقة والصواب^(١).

[حكم كفارة الظهار]

(١٢٣٠) قال: كفارة الظهار واجبة على ترتيب ما نص الله تعالى في كتابه على وجه لا يجوز تقدم المؤخر على المقدم، إلا عند العجز عن مراعاة الترتيب سابقاً على المسيس، حتى لو أعتق نصف رقبة، ثم وطئ، ثم أعتق ما بقي، فعليه أن يستقل عتق الرقبة؛ لأن الواجب عليه تقدم العتق على المسيس، وإخلاء حالة الإعتاق عن المسيس، ولم يوجد، فعليه الاستقبال^(٢).

١ - انظر للتفصيل - البحر الرائق لابن نجيم ١٠٥/٤ - ١٠٦، والفتاوى التاتارخانية ٨/٤،

ومجمع الأهر في شرح منتقى الأخبار لداماد ابدي ٤٤٨/١

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٩/٤.

[إجماع المظاهر منها خلال التكفير بالصوم]

(١٢٣١) وإن جامع "التي ظاهر منها" في خلال الصوم جماعاً يفسد الصوم استقبال في قولهم جميعاً؛ لأنه فات وصف التابع، والله تعالى أوجه مقيداً بهذا الوصف، وإن جامع ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً لصومه، استقبال في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن الله تعالى أوجب صوم شهرين متتابعين قبل المسيس، ومن ضرورة كونها قبل المسيس إخلاء الشهرين عن المسيس؛ لأن الثابت بالضرورة كالثابت بالنص، فصار كأن الله تعالى نصّ على التقديم على المسيس، وعلى الإخلاء عن المسيس، وهو إن عجز عن التقديم على المسيس لم يعجز عن الإخلاء عن المسيس، فما عجز عنه يسقط، وما قدر عليه يلزمه^(١).

فإن قيل: إخلاء الصوم عن المسيس ثبت ضمناً بشرط التقديم، فإنه لم ينص على إخلاء الصوم عن المسيس، فقد سقط شرط التقديم بالعجز فيسقط الإخلاء على ما عرف من أصول أصحابنا رحمهم الله: "أن الشيء متى ثبت في ضمن غيره يسقط النص إذا سقط المتضمن".

قلنا: شرط التقديم ما سقط أصلاً؛ لأن الجماع وجد من جهة المظاهر باختياره، والشرع لا يتبدل بأمر وجد من جهة العبد باختياره، فكان شرط التقديم ثابتاً في نفسه إلا أنه لا يؤمر بإقامته بسبب العجز، فلا يظهر السقوط في حق ما لا عجز فيه، فيكون الإخلاء شرطاً فكان عليه الاستقبال.

١ - العناوى الثناوية ٩/٤.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يلزمه الاستقبال قياساً على ما لو جامع غير التي يكفر عنها ناسياً؛ لأنه لو لزم الاستقبال لا يحلوا: إما أن يلزمه الاستقبال لفوات التابع أو لفوات شرط التقديم، لا جائز أن يلزمه الاستقبال لفوات التابع؛ لأن التابع لا يقطع بهذا الجماع فلا يجوز أن يلزمه الاستقبال لفوات شرط التقديم؛ لأنه عاجز عن الوفاء بهذا الشرط، فإنه وإن استقبل لا يحصل الصوم قبل المسيس فيسقط اعتباره، وإذا سقط اعتباره لا يلزمه الاستقبال، قال: ولو أطعم بعض الطعام ثم واقع، ثم أطعم ما بقي يجزيه؛ لأن الله تعالى لم يشترط في الإطعام ترك المسيس، فلم يكن الإخلاء عن المسيس شرطاً لصحة فعل الإطعام.

[العجز عن الترتيب في كفارة الظهار]

(١٢٣٢) قال: إذا كان عليه صيام شهرين متتابعين فمرض مرضاً لا يستطيع الصوم، فأطعم ستين مسكيناً يجوز؛ لأن شرط حوار الإطعام أن لا يكون مستطيعاً للصوم، وقد وجد، فإذا زال المرض بعد ذلك بثلاثة أيام، يجزيه؛ لأن شرط حوار الإطعام كان موجوداً حال الإطعام فصَحَّ الإطعام، فإذا زال المرض بعد ذلك فقد قدر على المبدل بعد حصول المقصود من البدل، فلا يسقط حكم البدل، كالتيمم إذا وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة، لا يعيد هذا المعنى، كذا هما.

(١٢٣٣) قال: المرأة إذا كان عليها صيام شهرين متتابعين فحاضت فيهما، فلا يلزمها الاستقبال، ويجب عليها أن تصل أيام الحيض بالشهرين

عبدنا ، وهو قول عامر الشعبي رحمه الله^(١)، وقال إبراهيم النخعي رحمه الله: يلزمها الاستقبال؛ لأنه انقطع التابع بالحيض ففقد شرط الجواز وهي قادرة على الوفاء بهذا الشرط؛ لأنها تجدد شهرين لا تحيض فيهما بأن تحبل وتياس كالرجل إذا كان عليه صوم شهرين متتابعين، فمرض فيهما فأفطر يلزمه الاستقبال، كذا ههنا^(٢).

وعلمنا أن رحمهم الله قالوا: فات شرط الجوار، وهي عاجرة عن الوفاء بهذا الشرط؛ لأنها لا تجدد شهرين متتابعين لا تحيض فيهما على ما عليه العالب، والحبل والياس على خطر الوجود، فلو غلبت الكفارة بما ربما يفوتها الكفارة أصلاً، وللمعحر أثر في إسقاط الشروط وانقضاء، بخلاف الرجل إذا مرض؛ لأنه قادر على الوفاء بهذا الشرط؛ لأنه يجدد شهرين متتابعين لا يمرض فيهما في العالب.

قال: وإن لم تصل المرأة أيام حيضها بالشهرين يلزمها الاستقبال؛ لأنها إن عجزت عن أن تصوم شهرين لا تحيض فيهما، فلم تعجز عن أن تصل في أيام الحيض بالشهر، فإذا تركت الوصل يلزمها الاستقبال.

والمرأة فارقت الرجل في حق الحيض، وفيما عدا ذلك فهما سواء، والرجل إذا أفطر يلزمه الاستقبال كذا ههنا^(٣).

١ هو عامر بن شراحيل الشعبي رحمه الله ومرت ترجمته.

٢ الفتاوى التاتارخانية نقلاً عن الكافي ١٤٣/٤، والفتاوى الهدية ٥١٢/١.

٣ الفتاوى الهدية ٥١٢/١، والفتاوى التاتارخانية ٦١/٥، وبدائع الصائغ ١١١/٥.

[الإطعام في كفارة الظهار]

(١٢٣٤) قال: وإذا قال لغيره: "أطعم عتي عن ظهاري" ففعل أجرأه؛ لأن الفقير صار نائباً عن الأمر في القبض، ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الكفارة فكانت الكفارة بمال الأمر، ولا يكون للمأمور أن يرجع على الأمر في ظاهر الرواية؛ لأنه يحتمل القرض، ويحتمل الهبة، فلا يرجع بالشك، وعسى أبي يوسف رحمه الله: له أن يرجع؛ لأنه يحتمل القرض، ويحتمل الهبة، والقرص أدناهما ضرراً فيحمل عليه.

قال: ولو قال لغيره: "أعتق عبدك عني عن ظهاري" ففعل لا يسقط الكفارة عن الأمر؛ لأن طلب التملك مقتضى طلب الإعتاق عنه، ولم يذكر العوض، فكان استيهاباً، والهبة لا تفيد الملك قبل القبض، والقبض لم يوجد لا من الأمر ولا من نائبه، أمّا من الأمر فظاهر، وأما من نائبه فلأن العبد لا يصلح نائباً عن الموهوب له في قبض نفسه حال وقوع الهبة؛ لأن العبد قبل الإعتاق في يد الواهب، والواهب لا يصلح نائباً عن الأمر في القبض، فكذا العبد، وبعد ما عتق لا يبقى الهبة فلا يقع العتق عن الأمر، فيحمل على طلب الثواب كأنه قال: أعتق عبدك واحمل ثواب العتق بي^(١).

[الإعتاق في كفارة الظهار]

(١٢٣٥) ويحور في كفارة الظهار عتق الرقة الكافرة، والمسببة، والذكر والأنثى، والصغير والكبير^(٢).

١ المتأوى المسببة نقلاً عن الكافي والفتاوى الحاشية ١/١٣٥

٢ المتأوى المسببة وقال: كما في شرح القاية ١/٥٠٩

وقال: إذا أعتق المكاتب عن كفارة ظهاره، أو غيره من الكفارات جاز، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجزيه. وأصحابنا رحمهم الله قالوا: أمر بتحرير الرقبة، وقد أتى به، فوجب أن يخرج عن العهدة^(١).

(١٢٣٦) وإنما قلنا: إنه أمر بتحرير الرقبة، وذلك لأن قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا﴾^(٢) مصدر قُرِنَ بحرف الفاء في كلام الله تعالى، والمصدر إذا قُرِنَ بحرف الفاء في كلام الله تعالى يراد به إما الأمر أو الإيجاب، بدليل أنه أريد به الأمر في قوله تعالى: ﴿فَضْرَبَ الرَّقَابِ﴾^(٣) على ما ورد به النقل والأخبار عن كونه مأموراً به أو واجباً عليه في قوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾^(٤)، لأن أئمة التفسير قالوا: فتحرير رقبة مبتدأ محذوف الخبر، وخبره إما قولنا: "مأمور به أو واجب عليه" أو ما يجري مجراه، وأياً ما كان يجب عليه التحرير، أما إذا كان إخباراً عن وجوبه، فظاهر تصديقاً للمحبر، وهو الله تعالى، أما إذا كان إخباراً عن كون التحرير مأموراً به فكذلك؛ لأنه يصير مأموراً به، وإذا صار مأموراً به يكون واجباً لما عرفت: أن الأمر يقتضي الوجوب.

١ - الفتاوى الهندية نقلاً عن الكافي ١/٥١٠، والفتاوى التاتارخانية ٩/٤.

٢ - [المائدة/٣]

٣ - [محمد/٤]

٤ - [المائدة/٣]

ولا يقال بأن التحرير لم يوضع للأمر حالة الانفراد، فكسذا حالة الاقتران بحرف الفاء؛ لأن الأصل أن لا يتعمر معنى اللفظ بالتركيب، وقد وضع للأمر بالتحرير صيغة أخرى، وهو قوله: "حرّر" فلا يكون ما ذكرتم موضوعاً له؛ لأن ترادف الاسمين على مسمى واحد خلاف الأصل.

لأنا نقول: الأئمة من الطرفين استدلوا بهذا النص لبيان وجوب التحرير على المظاهر العائد، فلو لم يكن هذه الصيغة أمراً لتعطل استدلالهم عن الغرض، ولا يُظن بهم ذلك، على أن هذه الصيغة أمر بالتحرير؛ لأن التحرير واجب في الظهار حالة اليسار بالإجماع، فلو لم يكن هذه الصيغة أمراً لترك الساق للوجوب، السالم عن هذا المعارض، والباقي السالم غير متروك.

[كفارة الفطر]

(١٢٣٦) وأما كفارة الفطر: قال: كفارة الفطر واجبة عند علمائنا، وعامة العلماء رحمهم الله على ترتيب ما ذكرنا في كفارة الظهار وهو إعتاق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً، لكل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاع من تمر أو صاع من شعير، عرف هذا الترتيب ببيان رسول الله ﷺ، فإنه روي أن أعرابياً جاء إلى النبي عليه السلام، وقال: يا رسول الله هلكت وأهلك فقال عليه السلام ماذا صنعت؟ قال: واقعت امرأتى في هار رمضان متعمداً، فقال النبي عليه السلام أعتق رقبة، فقال: لا أملك رقبة سوى هذه -وأشار إلى رقبة بعينه- فقال: صم شهرين متتابعين، فقال: هل جاءني ما جاءني إلا من الصوم، فقال: أطعم ستين مسكيناً، فقال لا أحد، فأخرج النبي عليه السلام بمرق من تمر فيه خمسة عشر

صاعاً من تمر، فقال فرّقها على المساكين فقال: والله ما بيني وبينك المديونة
أحد أحوح مني ومن عيالي، فتسّم رسول الله عليه السلام حتى سدت
نواحيه فقال: "كُنْهَا وِعْيَالُكَ يَحْرِيكَ وَلَا يَحْرِي أَحَدًا بِعَدِكَ"^(١) فلو لم يكن
الكفارة واجبة، لم يكن لقوله: "يَحْرِيكَ وَلَا يَحْرِي أَحَدًا بِعَدِكَ" فائدة، ولأنه
روى عن النبي عليه السلام أنه قال: "من أفطر في رمضان"، وفي رواية: "من
أفطر في شهر رمضان فعليه ما على المضاهر"^(٢).
وكفارة الطهارة واجبة، فكذا هذا.

(١٢٣٨) وقال بعض العلماء رحمهم الله، منهم سعيد^(٣) بن حنبل
وبشر^(٤) بن الوليد: بأنها مستحبة وليست بواجبة؛ لأن النبي عليه السلام نقل

١ - الحديث قد روي بطرق مختلفة، أخرجه أصحاب الكتب الستة عن الزهري عن حميد بن
عبد الرحمن بن عوف عن أبي هريرة، رواه البخاري في الصوم باب ٣٠-٣١ وأهبة والنفقات
والأدب والكفالات، ومسلم في الصيام، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه، وندارمي في
الصوم، وأحمد في المسند، نظر مصب الزاوية لبريلجي ٤٧٥/٢
٢ - قال لبريلجي حديث عربي بهذا اللفظ، انظر للتفصيل مصب الزاوية ٤٧٣ ٢ وأيضاً لتفصيل
هذه المسألة بدائع الصالحات للكاساني ٩٦/٥.

٣ - سعيد بن جبير النواحي أحد الأعلام، سمع ابن عباس وعندي بن حنبل وابن عمر وعبد الله بن
معقل وطائفة، وعنه جعفر بن أبي المعيرة وأبو بشر جعفر بن أبياس وأيوب الأعمش وعطاء بن
السائب وحلق، فتنه المحتاج فتنه الله في شعاع سنة خمس وسبعين، ٤٠٤ سبع وأربعين سنة
عني الأشهر، وقيل بل عاش بصعاً وخمسين سنة (تذكره المختصر لسدي ٦٠ ٦٠٠)
٤ - بشر بن الوليد بن خالد الكندي نقاضي أحد أصحاب أبي يوسف، روى عنه كسبه
وأعماله، وروى القضاء بعداد في زمان المعتصم بالله مات سنة ثمان وثلاثين ومائتين، -

الحكم إلى الطعام مع القدرة على الصوم، فلو كانت الكفارة واجبة لما نقل الحكم إلى الطعام مع القدرة على الصوم، كما في كفارة الظهار، ولأنه أمر بتعريق خمسة عشر صاعاً من تمر على المساكين، فلو كانت الكفارة واجبة لكان لا يكفي ذلك القدر، كما في كفارة الظهار، مثبت أنها مستحبة^(١)

[سبب وجوب الكفارة]

(١٢٣٩) قال: سبب وجوب الكفارة: هو الإفطار في نهار رمضان على سبيل الكمال لا مجرد إفساد الصوم، وكمال الإفطار إما يكون بالصورة والمعنى على سبيل التعدي بالمعطرات الأصلية، والمعطرات الأصلية ثلاثة: الأكل والشراب والجماع بالإجماع؛ لأن الله تعالى أباح الأكل والشرب والوقاع في ليالي رمضان، ثم أمر بالكف عنها^(٢)، فعم أن المفطرات الأصلية ثلاث؛ لأن الصوم شرع عبادة لما فيه من مع النفس عما تشتهيه، وشهوة النفس شيكان. شهوة الفرح: وهو الوقاع، وشهوة الطل: وهو الأكل والشرب، وكل واحدة منهما مشتملة على الصورة والمعنى^(٣).

هو كان صالحاً، دياً، عانداً، واسع الفقه، خشياً في باب الحكم، مقدماً عند أبي يوسف، سمع من مالك وحماد بن زيد وغيرهما، وروى عنه الحافظ أبو يعين الموصلي ونحوه (الفوائد البهية / ٥٤-٥٥).

١ - بدائع الصنائع للكاساني ٩٦/٥

٢ - [البقرة / ١٨٧]

٣ - انظر تفصيل أسباب وجوب الكفارات في كشف الأسرار ٣٥٦/٢

(١٢٤٠) وصورة الأكل. إدخال الشيء من الخارج إلى الباطن، ومعنى الأكل حصول العداء بما وصل إلى الخوف من الخارج، وصورة الوقاع. إدخال الفرج في الفرج، ومعنى الجماع اقتضاء شهوة الفرج مباشرة كل واحد منهما، وكلاهما ليس بشرط لفساد الصوم، بل أحدهما كاف حتى لو اتسع حصاة أو نواة يفسد صومه لوجود صورة الأكل وإن لم يوجد المعنى، والائم إذا صب الماء في حنقه، أو أكره على الأكل والشرب يفسد صومه؛ لأنه وجد معنى الأكل وإن لم يوجد صورته، وهو الابتلاع، وكذا إذا قبل امرأته فأبزل، يفسد صومه، وإن لم يوجد صورته، فدان أن أحدهما كاف لفساد الصوم، وفساد الصوم ليس بسبب لوجود الكفارة؛ لأن كفارة الفطر سلك مسلك العقوبة، ألا ترى! إنما لا تجب على المعدور نحو المريض والمسافر، والعقوبة تجب بعد تكامل الحاية، وتكامل الحاية إنما هو الإفطار بالمنقذات الأصلية على سبيل التعدي^(١).

وقال الشافعي رحمه الله: سبب وجوب الكفارة: إنما هو الوقاع خاصة بعد طلوع الفجر الثاني.

وقال سليمان الأعمش رحمه الله^(٢): سبب وجوب الكفارة: إنما هو الإفطار بالأكل والشرب والوقاع بعد طلوع الشمس، أما لو أفطر بعد طلوع

١ - الصاوي اهنية ٢٠٢/٢-٤، ومجمع الأهر في شرح ملتقى الأبحر ٢٤٠/١

٢ - الأعمش. هو الحافظ الثقة شيوخ الإسلام أبو محمد سليمان بن مهران الأسدي، أصله من بلاد الري، رأى أنس بن مالك رضي الله عنه وحفظ عنه وغيره من أكابر التابعين، -

الفجر قبل طلوع الشمس لا يجب الكفارة، وهذا بناءً على أن الكفَّ عَنِ
المعطرات عدنا: يجب بعد طلوع الفجر الثاني، وعده: لا يجب ما لم تطلع
الشمس؛ لأن إباحة الأكل تعلقت بنفس غروب الشمس، فوجب أن يتعلق
حرمة الأكل بنفس طلوع الشمس، ولأن إباحة الأكل تثبت بسواد الليل،
وبعد طلوع المعر بقي شيء من سواد الليل.

والأصل: أن الحكم متى ثبت بعلة، يبقى بقاء تلك العلة، على أن
الواجب على المكلف صوم الشهر، والشهر: عبارة عن الأيام والليالي، واليوم:
عبارة عن بياض النهار، وبياض النهار: عبارة عن وقت طلوع الشمس إلى
وقت غروبها، والليل: عبارة عن وقت غروب الشمس إلى طلوعها، هكذا
ذكره صاحب^(١) مفتاح التنزيل في كتابه.

(١٢٤١) وعلمنا أن الله قالوا: المراد من الحيط الأبيض: إنما هو
الفجر الصادق، والمراد من الحيط الأسود: هو المعسر الأول، ولأن إباحة

سورة شعبة وسيمان وغيرهم من أجلة العلماء، قال ابن المديني. له نحو ألف وثلاث مائة
حديث، وقال ابن عيسى: كان الأعمش أقرنهم لكتاب الله وأحفظهم للحديث وأعلمهم
بالمرئص وقال وكيع. بقي الأعمش قريباً من سبعين سنة لم تغتبه التكملة الأولى، توفي في
ربيع الأول سنة ثمان وأربعين ومائة، وله سبع وثمانون سنة رحمه الله (تذكرة الحفاظ
١١٦/١، رقم الترجمة ١٤٩/٤-١٥٤).

١ - مفتاح التنزيل لرئيس المشايخ أبي الفصّل محمد بن أبي القاسم البقال الخوارزمي المتوفى سنة
٥٦٢ اثنين وستين وخمسمائة (كشف الظنون ١٧٦٠/٢)

الأكل تثبت بأول الليل، وإن بقي شيء من أثر النهار، فحرمة الأكل وجب أن تثبت بأول النهار، وإن بقي شيء من أثر الليل^(١).

وقال بعض أصحاب الشافعي رحمهم الله: يجب في الأكل والشرب الكفارة الصغرى، لا الكفارة العظمى، والكفارة الصغرى: إما هو الفدية، والعديّة نصف صاع من برّ كما في صدقة العطر، ويجوز فيه طعام الإباحة؛ لأن الله تعالى نصر على الطعام في قوله: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾^(٢)، احتج الشافعي رحمه الله وقال: بأن الكفارة لا تثبت قياساً واجتهاداً، وإنما تثبت سماعاً وتوقيفاً، والنص ورد في الوقاع، لا في الأكل والشرب، فلو وجبت الكفارة بالأكل والشرب لا يحلو. إما أن نجب بدلالة النص أو بالقياس، ولا جائر أن تثبت بالقياس لانعقاد الإجماع على اتصاف ثبوت الكفارات بالقياس، ولا جائر أن تثبت بدلالة النص ههنا، لأن النص إذا ورد في حادثة بخلاف القياس إنما يجعل وارداً في غيره دلالة إذا كان نظيراً له، والوقاع ليس بنظير للأكل والشرب، فلا يمكن إثباتها بدلالة النص

وعلمائنا رحمهم الله قالوا: الكفارة في الأكل والشرب تثبت بالنص أو بدلالة النص، أما النص: فما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: من أفطر في

١ - انظر بالتفصيل: أحكام القرآن لمختص، باب الأكل والشرب والإجماع لية الصيام

٢٣٢-٢٢٦/١

٢ - [البقرة: ١٨٤]

رمضان فعليه ما على المطاهر^(١)، وكذا روي: أن رجلاً جاء إلى النبي عليه السلام، وقال: أفطرت في شهر رمضان متعمداً، فقال النبي عليه السلام: أمس غير عذر وسمر ومرص؟ فقال: نعم، فقال: أعتق رقبة^(٢) فالتى عليه السلام أوجب عليه الكفارة بسبب الفطر من غير عذر، ولم يستفسر لماذا أفطر، ولو كان الحكم محضاً لاستفسر، وأما دلالة النص: فلأن الأكل والشرب ظهير الوقاع في باب الصوم بدليل أنه لو واقع ناسياً لا يفسد صومه، والنص إنما ورد في الأكل والشرب، فلا يجوز أن يكون الحكم ناسياً في الوقاع بانقياس عليه؛ لأن الحكم في الأكل والشرب ثبت بخلاف القياس، فدل أن الحكم في الوقاع ثبت بدلالة النص، وإنما جعل النص الوارد في حادثة وإرداً في غيره دلالة إذا كان ظهيراً له، والوقاع ظهير الأكل والشرب في باب الصوم؛ لأن الله تعالى أباح الأكل والشرب والوقاع في ليالي رمضان ثم أمر بالكف عنها بمحطاب واحد، فعلم أنهما ظهران في باب الصوم.

(١٢٤٢) قال: إذا أراد من عليه الكفارة أن يكفر بتحرير الرقبة،

فهو أن يحرر أي رقبة شاء؛ لأنه مأمور بتحرير مطلق الرقبة بإجماع ييسر وبين الشافعي رحمه الله، هكذا ذكر شيخ الإسلام عليّ الردوي رحمه الله في

١ - قال الربيعي قسّ حديث عريب هذا اللفظ، انظر للتفصيل: نصب الراية / ٤٧٣؛ والسنن الكبرى للبيهقي ٢٢٩/٤.

٢ - أخرج أصحاب الكتب الستة هذا الحديث بألفاظ مختلفة، انظر للتفصيل: نصب الراية للربيعي ٤٧٤/٢ - ٤٧٥.

أصول الفقه، إما الخلاف بين الشافعي رحمه الله في وصف الإيمان^(١)،
ولكن قال: قوله: "أعتق رقبة" عامٌ دخله التخصيص حتى لا يخرج عن العهدة
بإعتاق العمياء والشلاء؛ لأننا نقول لا نسلم بأن هذا عام؛ لأن العام لفظ
يتناول جمعاً من المسميات، وهذا اللفظ لا يتناول إلا رقبة واحدة فلا يكون
عاماً، ولكن قال: هذا عام في حق الوصف؛ لأننا نقول: الوصف غير مذكور
أصلاً، وهو مسكوت عنه، فيكون الواجب بالص إعتاق رقبة مطلقة عن
الوصف، فأي رقبة أعتقها يتناولها الص على أننا نقول: لا نسلم بأن العمياء
والشلاء رقبة حتى يتناولها مطلق الرقبة، وظاهر أنها ليست برقبة؛ لأن الرقبة
عبارة عن الدات المملوكة القائمة من كل وجه، والعمياء والشلاء هالك من
وجه، قائم من وجه.

ولأن الرقة اسم للدات القائم به جميع أجناس مافعه التي تتعلق به
المالية، والعمياء والشلاء ليس برقة على هذا التفسير؛ لأن المافع المحصورة
باليد والبصر فائت عنه ضرورة فوات البد والبصر.

على أن صيغة الأمر بالإعتاق مطلقة؛ لأنه ذكره مكررة غير مقرونة
بصفة ما، والمطلق: عبارة عما يتناول الدات غير متعرّض للصفات، لا بانهي

١ - كشف الأسرار لحافظ الدين السمي المتوفى ٧١٠هـ مع شرح نور الأنوار شيخ أحمد
المعروف بملاحيون ١٨٥/١ ١٨٨ ط: دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٦م

ولا بالإثبات، وأنه بهذه المثابة، فيجب العمل بإطلاق اللفظ ما أمكن إلا في موضع قام الدليل على اشتراط قيد، وقد وجد ههنا دليل اشتراط قيد السلامة عن العمى والشلل في حق حوار التكفير، وهو الإجماع، فيترك العمل بإطلاق اللفظ فيما قام دليل الإجماع فسقى اللفظ معمولاً بإطلاقه فيما وراءه.

وإن كان بأن معنى الرقة غير مأمور به؛ لأن المأمور به مقدور الإتيان، والمطلق غير مقدور الإتيان؛ لأن المطلق هو المتعرض للشدات دون الصفات، لا بالنهي ولا بالإثبات، فيستحيل أن يأتي الإنسان بتحرير الرقة من غير أن يتعرض بصمة ما، فلا يكون مقدوراً ولا مأموراً.

لأننا نقول: مطلق الرقة مقدور الإتيان لا بدراج المقيد على المطلق.

وهذا لو أعتق الرقة السبيمة المؤمنة بحور الإجماع، فعلم بأنه مقدور بواسطة المعين، كما إذا قال: "أعط هـ الدرهم رجلاً أو فقيراً" فإنه يخرج عن العهدة بإعطاء أي رجل كان.

ولئن قال: بأن المراد من الرقة إنما هو انحار بطريق إطلاق اسم النقص على الكل، والثابت بانحار ضروري، لأنه على خلاف الأصل فيتقدّر بقدر الضرورة، وقد صارت الرقة المؤمنة مراداً بالإجماع، فلا يبقى الرقة الكافرة مراداً؛ لأن المجاز لا عموم له.

لأننا نقول: لا نسّم بأن انحار ضروري، وظاهر أنه ليس كذلك؛ لأن كتاب الله تعالى مشحون بالبحارات مع أنه أمرل بأفصح اللغات، والله تعالى

عني عن العجر والضرورات، ولا سَلَمَ بأن الجمار لا عموم له، وهذا عندكم
 بل عندنا للمجماع عموم على ما هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله.
 ولا يقال: بأن الص في كفارة القتل ورد مقيداً، وهما ورد مطلقاً
 فيحمل المطلق على المقيد ليكون محمولاً على أعم المحمين؛ لأننا نقول: إما
 يحمل المطلق على المقيد إذا ورداً في حادثة واحدة^(١).

أما إذا وردا في حادثتين مختلفتين، يعمل بهما؛ لأن موجب المطلق
 مقصود في إطلاقه كالمقيد في تقييده، وكما لا يجوز حمل المقيد على المطلق لا
 يجوز حمل المطلق على المقيد، إلا إذا وردا في حكم واحد ضرورة تعدد العمل
 بالتصير، وهما وردا في حادثتين مختلفتين^(٢).

[كفارة القتل]

(١٢٤٣) وأما كفارة القتل، قال: كفارة القتل في حق الواحد، تحرير
 الرقبة، وفي حق غير الواحد صيام شهرين متتابعين، وهذه الكفارة تعاقب سائر
 الكفارات من وجهين: أحدهما: أن في هذه الكفارة يشترط الإيمان في الرقبة،
 وفي سائر الكفارات لا يشترط، والعارض الثاني: أنه لا مدخل للإطعام في هذه
 الكفارة حتى أنه إذا عجز عن الصوم لا يجزئه الإطعام، وله في سائر الكفارات
 مدخل حتى أن المظاهر أو المعطر إذا عجز عن الصيام جاز له الإطعام^(٣).

١ - انظر لتفصيل هذا البحث: بدائع الصنائع للكاساني ١١٠/٥ ١١١

٢ - بدائع الصنائع للكاساني ١١٠/٥.

٣ - بدائع الصنائع ١١٠/٥-١١١.

[كفارة محظورات الإحرام والحج]

(١٢٤٤) وأما كفارة محظورات الإحرام والحج، نحو: قتل صيد الحرم ولبس المخيط وسائر المحرمات على اختلاف بين أصحابها، رحمهم الله فعند أبي يوسف رحمه الله: إذا لبس أكثر اليوم كان عليه الكفارة، وعند محمد رحمه الله: عليه من الكفارة بمقدار ما لبس، وإن باشر ما فيه الكفارة بعدد بأن اضطرَّ إلى تعطية الرأس لخوف الهلاك من البرد أو المرض، أو لبس السلاح لأجل المقاتلة، كان عليه ما نص الله تعالى عليه في كتابه ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾^(١)، أراد بالنسك "الشاة"، و بالصيام "صيام ثلاثة أيام"، وبالإطعام "إطعام ستة مساكين"، لكل مسكين نصف صاع على ما عرفت في كتاب الحج^(٢).

١ - [البقرة/ ١٩٦] ٤ وانظر: تفسير الجلالين.

٢ - مجمع الأهمر في شرح ملتقى الأبحر ١/ ٢٩٢-٢٩٣.

بيان مشروعية صدقة الفطر في ضوء

الكتاب والسنة المطهرة

[مشروعية صدقة الفطر]

(١٢٤٥) وأما صدقة الفطر قال صدقة الفطر مشروعة ثبتت شرعيتها بالكتاب وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى﴾^(١)، جاء في التفسير: "أن المراد منها صدقة الفطر"^(٢)، وأما لإجماع فقد اتفق علماء الأمة من لدن الصدر الأول إلى هذا الزمان على شرعيتها.

(١٢٤٦) واحتلوا في رتبها ذكر في المجرى: أن أبا حنيفة رحمه الله سماها سنة، فإنه قال "ركاة الفطر سنة لا يبغى أن يتركها"، ومحمد رحمه الله سماها واجبة^(٣)، فإنه ذكر في المسوط: "ويجب على المولى أن يؤدي عس

١ - [الأعلى / ١٤]

٢ - قال الحصائص في أحكام القرآن قوله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى﴾ روي عن عمر بن عبد العزيز وأبي العالیه قالاً أدى ركاة الفطر ثم خرج إلى الصلاة، وروي عن النبي ﷺ أنه أمر بإخراج صدقة الفطر قبل الخروج إلى المصلى، وقال ابن عباس: لسنة أن تخرج صدقة الفطر قبل الصلاة، قال أبو بكر واستدل بقوله تعالى: ﴿وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى﴾ على جواز افتتاح الصلاة بسائر الأدكار، لأنه لما ذكر عقيب ذكر اسم الله الصلاة متصلاً به إذ كانت "الماء" لتعقيب بلا تراخ دل على أن المراد افتتاح الصلاة (٤٧٢/٣).

٣ - الفتاوى اتانوخانية وقال. ذكر في المجرى (٤١٧/٢)، وملتقى الأنهر على هامش مجمع الأنهر ١/٢٢٦.

نفسه وعيده صدقة الفطر"، قال شيخ الإسلام رحمه الله: معنى قول أبي حنيفة رحمه الله أنها سنة أي ثبت وجوبها بالسنة، فإنه روي عن النبي عليه السلام أنه قال في خطبته: "أدّوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد صعب أو كبير نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير"^(١)، أفاد هذا الحديث فوائد:

منها: وجوب صدقة الفطر؛ لأن الأمر للوجوب.

ومنها: ما يتأدى به الواجب.

ومنها: قدر الواجب.

[من تجب عليه صدقة الفطر]

(١٢٤٧) ثم هذه الصدقة لا تجب إلا على حرّ مسلم عي^(٢) عدواً؛

لأن النبي عليه السلام جعل جميع أجناس الصدقات على العي؛ لأنه جعل الناس صميين: صعباً يؤخذ منهم الصدقة، وصعباً يرد عليهم الصدقة، فإنه عليه السلام قال: "أمرت أن آخذ الصدقة من أعيانكم وأردها في فقرائكم"^(٣)، فقد أدخل فيها الألف واللام وإنما يدخلان لاستعراق الجنس أو لتعريف المعهود، وليس ههنا معهود فيكون لاستعراق الجنس، فعلم أنه جميع أجناس

١ - انظر لتخريج هذا الحديث بالألفاظ وأسانيده مختمة: نصب الراية ٢/٤٣٠-٤٣٢

٢ - الفتاوى المتأخرة حاشية ٢/٤١٨، والفتاوى الهندية ١/١٩١

٣ - روى أصحاب الكتب السنة هذا الحديث بالألفاظ مختمة ففي رواية: أدخلها من أعيانكم مردّها في فقرائكم، وفي رواية: تؤخذ من أعيانهم فتدّ على فقرائهم، انظر: نصب الراية للريلمي ٢/٤١٥

الصدقات على العني فلم يبق بعد هذا صدقة تؤخذ من الفقير، ولأن هذه صدقة لا يتكرر وجوبها في السنة، فوجب أن يكون الفنى شرطاً لوجوبها قياساً على ركة المال، ولأنه صدقة الفطر إنما شرعت لإعلاء الفقير في مثل هذا اليوم، والفقير عاجز عن إعلاء نفسه، فلا يحاطب بإعلاء غيره، وعند الشافعي رحمه الله العني ليس بشرط حتى قال بوجوب الصدقة على الفقير الذي له قوت يوم؛ لأن هذا حق مالي لا يرداد بزيادة المال، فوجب أن لا يكون العني شرطاً لوجوبها قياساً على الكفارة؛ لأن صدقة الفطر شرعت طهرةً لنصيام عن اللغو والرفث، والكفارة شرعت طهرةً عما ارتكب من الجريمة، فكان صدقة الفطر تطهر الكفارة، والعني ليس بشرط بوجوب الكفارة فكذا ههنا.

(١٢٤٨) والعقل والنوع ليس بشرط، حتى قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: تحب على الصبي والمجنون إذا كانا غيبين، وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا تحب عليهما في مالهما كالكفاة، لكن يحب على الأب أن يودّي عن ولده الصغير من مال نفسه^(١).

(١٢٤٩) وشرط جوارها على الخصوص كون المصروف إليه فقيراً؛ لأنها شرعت لكفاية الفقير في هذا اليوم، وإعلاؤه عن المسألة؛ والصدقة اسم لما يعطى صلةً على وجه التملك لمن يقوم به الصدقة، وهو المحتاج ترحمًا لا تكرمًا، بخلاف الهبة؛ لأنها اسم لما يعطى صلةً، تكرمًا لا ترحمًا^(٢).

١ رد المختار لابن عابدين نقلاً عن البدائع ٣/٣١٢، وبدائع الصنائع ٢/١٠٥.

٢ - الهداية ٢/٢١٩-٢٢١ وبدائع الصنائع ٢/٦٤-٦٥.

(١٢٥٠) والمعنى الذي هو شرط لوجوب صدقة الفطر أن منك صاباً
أو ما لا قيمته قيمة صاب، فاصلاً عن مسكه وثياب بدنه وإيائه^(١) وعرضه
وسلّاحه، ومراد عني الدار الواحدة، والدستجات الثلاث من الثياب يعتبر في
الغنى^(٢).

(١٢٥١) وكذا الزيادة على القوسين للعاري، والزيادة عني الواحد
من الدّواب يعز العاري، وكذا الخادم، وكتب الفقه لأهله مراد على نسخة،
ومن رواية واحدة في التفسير والأحاديث ومن المصاحف من لم يحسن القراءة
وقيل: كل ذلك معتبر، وكتب الطب والأدب والنحو معتبرة في العنى وللرّارع
مراد على الثورين، وآلة الخراطين، ويعتبر قيمة الكرم والصيغة عند أبي
يوسف^(٣) وهلال^(٤) رحمهما الله.

(١٢٥٢) ولو اشترى قوت سنة يساوي صاباً فمبه كلام، والطاهر
أنه لا يعتد ذلك من العنى، وعن أبي يوسف رحمه الله: يعتبر في وجوب صدقة
أن يكفى ما وراء النصاب لعقته وبقية عياله سنة^(٥).

١ - وفي نسخة "ب" (أثائه).

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤١٨/٢ و ٢٧٦.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤١٨/٢.

٤ - قال السكوي في الفوائد البهية: هلال بن يحيى بن مسلم الرأي البصري قيل له "الرأي"
لسعة عنده وكثرة فهمه كما قيل: ربيعة الرأي، أخذ الفقه عن أبي يوسف ورهرو وأخذ
عنه بكار بن قتيبة ووه مصنف في الشروط وأحكام الوقف تداوله العلماء، مات سنة
خمسة وأربعين بعد المائتين (الفوائد البهية/٢٢٣).

٥ - الفتاوى التاتارخانية ٤١٨/٢-٤١٩.

(١٢٥٣) ويتعلق بهذا المصاب أحكام:

منها: وجوب صدقة الفطر والأصحية ، وحرمة وضع الركاة فيه
ووجوب نفقة الأقارب.

[سبب وجوب هذه الصدقة]

(١٢٥٤) وسبب وجوب هذه الصدقة رأس يمونه ويبي عليه؛ لأن
البي عليه السلام اعتبر المونة والولاية، حيث قال: "أدوا عنكم تمون^(١)"
وأوجبها على الصغار والمماليك.

(١٢٥٥) والأصل في الوجوب رأس الإنسان فكل رأس يمونه ويبي
عليه يلتحق برأسه ، فيجب عليه صدقة الفطر وما لا فلا، فإنه يقال: "ركاة
الرأس ، والحكم أبداً يضاف إلى سبه، ولأن الوجوب يتضاعف بتضاعف
الرأس، كما يتضاعف الركاة بتضاعف الصلب، والحكم يزداد بزيادة
السبب^(٢).

ولا يقال: بأن السبب يوم الفطر، فإنه يقال "صدقة الفطر"، ويراد
بالفطر يوم العيد؛ لأننا نقول: يوم الفطر شرط للوجوب، والرأس سبب إلا أن

١ - روى الدار قطني ثم سيهفي عن ابن عمر قال- أمر رسول الله ﷺ بصدقة عن اصبع
والكبر عن تمون، وندار قطني / ١٤١ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٤/ ٤٧٢، واطر
للتفصيل: نصب الرأية ٤٣١/٢.

٢ - الفتاوى الهندية وقال فيه. كذا في شرح الطحاوي ١/ ١٩٣، ورد المختار على الدر
المختار ٣/ ٣١٤.

السبب لا يعمل عمله في الإيجاب إلا في يوم العيد، فكان يوم العيد شرطاً للوجوب، والحكم يضاف إلى الشرط مجازاً من حيث أن الحكم يوجد به، فلو كان الوقت سبباً والرأس شرطاً لم يتضاعف الوجوب بتضاعف الرأس؛ لأن الحكم لا يتضاعف بتضاعف الشرط، فإن من قال لامرأته: "إن دخلت هذه الدار وهذه الدار"، لا يتضاعف وقوع الطلاق بتضاعف الدخول لأنه شرط، ولو حلف مراراً على دخول دار واحدة يتضاعف وقوع الطلاق بتضاعف اليمين؛ لأنه سبب لوقوع الطلاق، فدل أن الحكم يتضاعف بتضاعف السبب لا بتضاعف الشرط، والوقت يصلح شرطاً للوجوب كما في الركاة، فإن المال سبب للوجوب وحولان الحول شرط للوجوب، وكذلك البيت في باب الخح سبب للوجوب، والوقت شرط للوجوب فعلم بأن السبب إنما هو الرأس لا اليوم^(١).

[تعجيل صدقة الفطر]

(١٢٥٦) قال: ويجوز تعجيل هذه الصدقة قبل يوم الفطر بيوم أو يومين في رواية الكرخي، وعن أبي حبيبة رحمه الله بسنة أو سنتين، وقال بعضهم، وإنما يجوز إذا مضى النصف من رمضان، وقال الحسن بن زياد رحمه الله: لا يجوز تعجيلها على اليوم، وقال خلف بن أيوب رحمه الله: إذا دخل رمضان يجوز، وهكذا ذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله، وهو الصحيح اعتباراً بتعجيل الركاة بعد ملك النصاب^(٢).

١ - بدائع الصنائع ١٠٧/٢

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤١٧/٢-٤١٨.

(١٢٥٧) واحتلف المشايخ رحمهم الله: أن ذكر اليوم واليومين في الأصل وقع اتفاقاً لا لتقييد الحوار به، ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في شرح كتاب الصوم: أن ذكر اليوم والسنة في رواية الكرخي، وفي رواية أبي حنيفة رحمه الله، وقع اتفاقاً لا لتقييد الحوار به، حتى لو عجل قبل ذلك يجوز، وقال بعضهم: لا بل كان لتقييد الحوار به؛ لأن المقصود إعاءة الفقير في يوم المطر، كما جاء به الحديث، فقضيته أن يختص بيوم الفطر، ولكن جواز التعجيل قبله يوم أو يومين لما فيه من تحقيق الإعاءة ليستعي به قبله، فهي ما أراد على ذلك بعمل بقضيته^(١).

بيان مصرف بيت مال الزكاة

[أولاً وثانياً . الفقراء والمساكين]

(١٢٥٨) وأما بيان مصرف ما ذكرنا من مال بيت مال الزكاة والعشور والكفارات وصدقة العطر، فنقول: مصرف ما ذكرنا من الأموال ما نص الله تعالى في كتابه: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ ﴾^(١) فالآية جامعة محمل الصدقات.

(١٢٥٩) وإما تدل على أن المساكين والفقراء صمان، وهو مروى عن أبي حبيبة رحمه الله، وعن أبي يوسف رحمه الله أنها صنف واحد، فثمرة الاختلاف تطهر فيما إذا أوصى بثلاث ماله لعلان، وللفقراء والمساكين، فعلى قول أبي حبيبة رحمه الله ثلث الثلث لعلان، ولكل صنف ثلث آخر، وعلى ما روي عن أبي يوسف رحمه الله: لعلان نصف الثلث وللعريقين نصف الثلث^(٢).

(١٢٦٠) واحتلت الروايات عن أبي حبيبة رحمه الله في معنى المسكين والفقير، روى أبو يوسف عن أبي حبيبة رحمه الله: أن الفقير من لا يسأل الناس وعنده ما يكفيه، والمسكين: من يسأل ولا شيء له، قال الله تعالى: ﴿ أَوْ مِسْكِينًا ذَا مَتْرَبٍ ﴾^(٣)، أي لاصفاً بطنه بالتراب من الجوع والعري،

١ - [التوبة / ٦٠]

٢ - رد المحتار على الدر المختار ٢٨٤/٣، والماوى التاتارخانية ٢٦٧/٢

٣ - [البلد / ١٦]

وقال الشافعي رحمه الله. الفقير من يظهر افتقاره على الناس ويسأل الناس؛ والمسكين من له بركة عيش، قال الله تعالى: ﴿أَمَّا السُّقِيَّةُ فَكَأَنَّتْ لِمَسَاكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ﴾^(١)، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن الفقير من يسأل الناس فيظهر افتقاره وحاجته للناس؛ والمسكين من لا يسأل^(٢).

[الثالث : العاملون عليها]

(١٢٦١) وأما العاملون: فهم الذين نصبهم الإمام لاستيعاء الصدقات والعشور، فيعطونهم مما في أيديهم من مال الصدقة ما يسعه وأعواده؛ لأنه عطل نفسه لمصلحة الفقراء، فكانت كفايته وكفاية أهله في عيشتهم ودهاتهم في مالهم^(٣).

(١٢٦٢) وإن أحاط ذلك بنصف العشر أو بثلثه، هكذا ذكره المعلى في نوادره، كالمرأة لما عطلت نفسها لحق الزوج كانت معقته ونفقة أتباعها من خادم أو خادمين على زوجها، ولا يقدر بالثمن بل يعتبر الكفاية سواء رد على الثمن أو قصر عنه، وكذا ررق القاصي، قال قاضي القضاة رحمه الله: كفاية أعوان العمال في رماسا لا تعتبر؛ لأنه إسراف محض.

(١٢٦٣) قال القدوري رحمه الله: يحل لعمال أحد العمالة، وإن كان عبداً ولم يذكر فيما إذا كان العامل هاشمياً أو غير هاشمي^(٤).

١ - [الكهف/٧٩]

٢ - رد المختار على الدر المختار ٢٨٤/٣، والفتاوى التاتارخانية ٢٦٧/٢

٣ - الفتاوى الهدية ١٨٨/١، ورد المختار ٢٨٥/٣، والفتاوى التاتارخانية ٢٦٨/٢.

٤ - الفتاوى التاتارخانية نقلاً عن القدوري ٢٦٧/٢

(١٢٦٤) وذكر الكرخي والطحاوي والخصاص رحمهم الله: أنه لا يحمل لهاشمي، ذلك عند علمائنا خلافاً للشافعي رحمه الله، واحتج بما روي أن النبي عليه السلام استعمل علياً في أمور الصدقات وفرض له شيئاً، ولأن هذه أجرة فتحل لهاشمي كما تحل للعبي، ولنا: ما روي أن رسول الله عليه السلام استعمل ريد بن أرقم في أمور الصدقات واستتبعه رافع مولى النبي عليه السلام، فقال عليه السلام: لا تحمل الصدقة لمحمد ولا لآل محمد^(١)، وإن مولى القوم منهم^(٢). ولأن هذه صدقة من وجه؛ لأنها جزء من الصدقة فتلحق بالصدقة من كل وجه تزويهاً وكرامة لقراءة رسول الله عليه السلام عن عسالة الناس^(٣).

والعبي لا يواريه في استحقاق الكرامة حتى حل له أخذها؛ لأن استحقاقه بطريق الكفاية^(٤).

(١٢٦٥) والهاشمي آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقیل وآل حارث بن عبد المطلب^(٥).

ويجوز صرف الأوقاف وصدقة التطوع إلى بني هاشم، مروي ذلك عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

١ - قطعة حديث أخرجه أبو داود: ١٦٥٠ والترمذي: ٦٥٧.

٢ - مصنف عبد الرزاق (٦٩٣٩): باب لا تحمل الصدقة لآل محمد ٥٠/٤.

٣ - انظر لتمام البحث والتفصيل: بدائع الصنائع لأبي بكر الكاساني ٦٦/٢.

٤ - رد المختار على الدر المختار لابن عابدين الشامي ٢٨٥/٣.

٥ - الفتاوى التاتارخانية ٢٧٤/٢-٢٧٥.

رابعاً : المؤلف قلوبهم]

(١٢٦٦) وأما المؤلف قلوبهم فهم كانوا من رؤساء العرب ثلاثة أصناف. صنف أسد كعبية بن حصص^(١) والأقرع بن حابس^(٢) وصفوان^(٣)، كان رسول الله عليه السلام يعطيهم سهماً تأليفاً لقلوبهم على الإسلام، وصنف كان رسول الله عليه السلام يعطيهم سهماً لرجاء الإسلام، وصنف كان يعطيهم لدفع شرهم حين كان بالمسلمين ضعف وبالكفار قوة، فلما

١ - عيبة بن حصص بن حديفة بن بدر بن عمرو بن جوبة، يقال كان اسمه حديفة، فلقب عيبة، قال بن السكك له صحة وكان من المؤلف، ولم يصح له رواية، أسد قبل الفتح وشهدوا وشهد حبيب والطائف، ثم كان ممن ارتد في عهد أبي بكر رضي الله عنه ومال إلى طليحة فبايعه، ثم عاد إلى الإسلام (الإصابة ٥٤/٣)

٢ - الأقرع بن حابس بن عقيل بن محمد بن سفيان التميمي، شهد فتح مكة وحبيباً واطالاف وهو من المؤلف قلوبهم وقد حسن إسلامه، وقال الزبير في النسب كان الأقرع حكماً في الجاهلية، وكان شريعاً في الجاهلية والإسلام، واستعمله عبد الله بن عامر على جيش سببه إلى خراسان، فأصيب بالجورجان والحيش وذلك في زمن عثمان (الإصابة ٥٨/١-٥٩).

٣ - صفوان بن أمية بن خنيس بن وهب بن حذافة بن ضحح أبو وهب أمه صفية بنت معمر بن حبيب صحبة أيضاً، قتل أبوه يوم بدر كافر، وروى له مسلم والترمذي من طريق سعيد بن المسيب عن صفوان بن أمية قال: والله لقد أعطاني النبي ﷺ وإنه لأبصر الناس إليّ فمارال يعطيني حتى إنه لأحب الناس إليّ، وأخرج الترمذي من طريق معروف بن خربوذ قال كان صفوان أحد العشرة الذين انتهى إليهم شرف الجاهلية، ووصفه هم الإسلام من عشر بطون وورل صفوان على الناس بالمدينة ثم أدن به النبي ﷺ في الرجوع إلى مكة فأقام بها حتى مات بها قتل عثمان، وقيل. عاش إلى زمن علي (الإصابة ١٨٨-١٨٧/٢)

أعرّ الله الإسلام وأهله ، وقطع دابر الكافرين ، أجمعت الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين في خلافة أبي بكر رضي الله عنه على سقوط سهمهم ، فإنه روي أنهم جاؤوا بعد وفاة رسول الله عليه السلام إلى أبي بكر رضي الله عنه وطبوا منه جائزة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكتب أبو بكر خط الجائزة ووقع فيه ، فخرجوا من عنده ، وكان عمر رضي الله عنه جالساً فجاءوا إلى عنده ليُعلمه بشهادته ، فأخذ الكتاب ومرقه ، وقال : إن الله تعالى أعرّ الإسلام وأعطى عسكم ، فرجعوا إلى أبي بكر رضي الله عنه ، وقالوا : الخليفة أنت أم عمر ؟ فقال : عمر إن شاء الله^(١) . فاعتقد الإجماع على عدم جوار الصرف إليهم أو عدم وجوبه على اختلاف الأصبيين ، أما مهما فصريحاً ، وأما من غيرهما من الصحابة رضوان الله عليهم فبالسكوت من غير رد رادٍ ولا تكير مكر . وهذا النوع من الإجماع في الدرجة الثانية من مراتب الإجماع^(٢) .

[خامساً : الرقاب]

(١٢٦٧) وأما الرقاب فالمراد بها المكاتبون ، فإنه روي عن عبي رضي الله عنه أنه قال : "يعان المكاتبون منها في فك رقابهم"^(٣) .

١ - قال الربيعي في نصب الرية: رواه ابن أبي شيبة عن عامر الشعبي (٦٦/٣) ونقله الطبري في تفسيره (١١٢/١٠) (نصب الرابة ٤١٠/٢) وموسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ٤٢١/ .

٢ - انظر تفصيل مسألة مؤلعة القلوب وسهامهم واعتقاد إجماع الأمة على سقوط سهامهم في البدائع للنكاساني ٦٦/٢-٦٧ .

٣ - كان عبي رضي الله تعالى عنه يأمر الناس بإعانة المكاتبين في فك رقابهم ، انظر مصنف عبد الرزاق ، رقم الحديث : ١٥٥٨١ ، ٣٧٣/٨ ، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي =

[سادساً : الغارمون]

(١٢٦٨) وأما الغارمون: فهم الذين لزمهم الدين، وإن كان في أيديهم مال، إذا كان ذلك المال لا يزيد على الدين قدر الصواب، وقيل: المراد من الغارم رب الدين، فإن رب الدين يسمى غارماً^(١)، وذكر بعض مشايخنا رحمهم الله في شرح الجامع الصغير: أن المراد العازي والحاح المنقطع، ثم على قول من يقول: بأن المراد هو الغاري إذا كان فقيراً رقبته ويداؤه لا رقبته^(٢) بأن كان مقطوعاً عن ماله، فيكون فقيراً يداؤه عبياً رقبته، وأما إذا كان غنياً رقبته ويداؤه لا يحمل له الأخذ^(٣).

[سابعاً : ابن السبيل]

(١٢٦٩) وأما ابن السبيل فهو المنقطع عن ماله، فيحوز الصرف إليه وإن كان له مال كثير في وطنه، وفي كتاب علي^(٤) بن صالح المرحلي رحمه الله أن ابن السبيل هو الذي لا يقدر على ماله وهو عتي، ويقدر على أن

= ١٠٨/٤ - ١١٠، وأحكام القرآن للحصاص ١٢٤/٢ - ١٢٥، وقال إحصاء. لا يعلم خلافاً بين السلف في جوار إعطاء المكاتب من الزكاة فثبت أن إعطاءه مراد بالآية والدفع إليه صدقة صحيحة.

١ - وفي التاتارخانية وأما الغارم فيحتمل أن يكون المراد به رب الدين، فإن رب الدين أيضاً يسمى غارماً ٢٦٩/٢ - ٢٧٠.

٢ - وفي نسخة "أ" (إذا كان فقيراً رقبته ويداؤه، أو يداؤه لا رقبته).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٢٧٠.

٤ - لم أجد ترجمته.

يستقرص، والقرض خير له من قبول الصدقة، وإن قبل الصدقة أجراً مما يعطيه^(١).

[صرف الزكاة إلى صنف واحد من الأصناف]

(١٢٧٠) قال: إذا صرف الإمام أو المالك إلى صنف واحد من هذه الأصناف، أو صرفه إلى واحد من صنف واحد بأن أعطى مسكيناً واحداً أو فقيراً واحداً أجرأه عدنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز ما لم يصرف إلى ثلاثة من كل صنف من الأصناف السبعة؛ لأن الله تعالى جعل الصدقة لهذه الأصناف المذكورين في الآية، فلا يجوز حرمان العصف وإعطاء العصف، كما في المواريث، واعتبر من كل صنف ثلاثة؛ لأنه ذكر باسم الجمع، وأقل الجمع الصحيح ثلاث، ولأنه ذكر أصنافاً سبعة فيجعل كأنه نص على السبعة، ولو نص على هذا لا يجوز الصرف إلى صنف واحد من السبعة، كما لا يجوز في كفاية اليمين إلى مسكين واحد بالإجماع، على أن هذا مان مصاب إلى جماعة بأسماء مختلفة فلا يجوز إعطاء العصف وحرمان العصف قياساً على الوصية.

وعلمناؤنا رحمهم الله احتجوا بظاهر قوله: ﴿وَأَنْ تَحْفَوهَا وَتُؤْتُوَهَا الْفُقَرَاءَ﴾^(٢)، فقد أمر بصرف الصدقة إلى الفقراء لا غير، فإن قيل: أمر بالصرف إلى الفقراء، والفقراء اسم جمع، فيجب أن لا يجوز الصرف إلى فقير واحد، وعندكم يجوز، قلنا: الألف واللام متى دخلت على الجماعة يسقط

١ - الفتاوى التاتارخانية وفيه: وفي كتاب علي بن صالح الجورجاني ٢/٢٧٠-٢٧١.

٢ - [البقرة/٢٧١]

اعتبار معنى الجماعة، ويبقى العبرة للحس، كما لو حلف لا يتروح النساء فإن
معنى الجماعة يدور، ويتعلق بالحكم بالحس، حتى لو تروح امرأة واحدة حيث
في يمينه، والحكم المعلق بالحس يتعلق بأدى ما يطلق عليه اسم الحس، كما لو
حلف لا يشرب ماء فشرب قطرة، حيث في يمينه.

فإن قيل: أمر بالصرف إلى الأصناف بأسماء مختلفة فيتعلق الاستحقاق

بمعنى في الاسم.

قل: الاستحقاق يتعلق بالحاجة، لا بالاسم المذكور في النص بديل أن
اس السيل إذا كان عيًّا، أو العاري أو العارم لا يحلّ له الصدقة، والاسم
موجود، ولو كان الاستحقاق معلقاً بالاسم لا بالحاجة لحار الصرف إلى من
وجد فيه الاسم، وجدت الحاجة أو لم توجد، كما في المواريث، ولأن
الاستحقاق لو كان بالاسم لكان إذا اجتمع في شخص واحد أسماء استحق
بكل اسم سهماً على حدة، كما في المواريث إذا اجتمع سببان في شخص
واحد بأن كان زوجاً ورس عم فإنه يستحق بالاسمين جميعاً، لأن الاستحقاق
كان معلقاً بالاسم، وهما الشخص الواحد إذا اجتمع فيه اسمان أو أسماء بأن
كان مكاتباً، وهو ابن السيل، وهو مسكين وعارم، فإنه لا يستحق إلا سهماً
واحداً، فعلم بأن الاستحقاق بالحاجة لا بالاسم، وإذا كان الاستحقاق معلقاً
بالحاجة صار كأن الله تعالى قال إنما الصدقات للمحتاجين، ولو قال هكذا
يجوز الصرف إلى واحد من المحتاجين لا إلى جميع المحتاجين ولا إلى الجماعة؛ لما
ذكرنا أن الألف واللام متى دخلت في الجماعة يسقط معنى الجماعة فيتعلق

الحكم بالحسن، أما قوله: بأنه أضاف إلى جماعة مختلفة فلا يجوز إعطاء البعض كما في الوصية والموارث، قلنا: الاستحقاق ثمة معلق بالاسم، وهما معلق بالحاجة^(١).

وأما مسألة الوصية لا رواية عن أصحابنا رحمهم الله في هذه المسألة، ومتى أوصى بثلاث ماله للأصناف السبعة على الوجه المذكور في الآية، لسو صرف إلى صنف واحد يجوز عدنا، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في المسوط، وقال: دلالة حاله تدل على أنه علق الاستحقاق بالحاجة لا بالاسم؛ لأن الاستحقاق لو كان معلقاً بالاسم لا يجوز الوصية؛ لأهم حيث لا يكونون مجهولين.

ومن المشايخ من فرق بينهما، وقال: لا يعتبر أمر العباد بأوامر الله تعالى؛ لأن المعنى يراعى في أوامر الله تعالى، لا الاسم حتى لا يعرى كلامه عن فائدة، وفي أوامر العباد يراعى الاسم والمعنى لاحتمال أنه لم يقصد الفائدة، وإنما قصد الاسم؛ لأنه قد يخلو قوله وفعله عن فائدة؛ ألا ترى! أن من قال لآخر: "كاتب عهدي إن علمت فيه حيراً" فإنه لا يجوز، والله تعالى أمر بالكتابة على هذا الشرط، ثم لو كاتب ولم يعلم فيه حيراً جار، فعلم أن أوامر العباد لا يعتبر بأوامر الله تعالى.

انظر للتفصيل بدائع الصائغ للكاسبي ٦٩/٢

النوع الثالث

في مال الخراج والجزية

النوع الثالث في بيان مال الخراج والجزية وصدقات بني تغلب وما يأخذ العاشر من الكفرة وما يجمع بين الخراج والجزية ومصارف هذه الأموال.

(١٢٧١) مبدأ أولاً بيان خراج الأرض، وأرض الخراج، وماء الخراج ومقدار الخراج، ومن يجب عليه الخراج ومن لا يجب، والأسباب الموجبة لسقوط الخراج وتعجيل الخراج، وأوان وجوب الخراج.

[خراج الأرض]

(١٢٧٢) فقول: الخراج على وجهين: خراج مقاسمة، وخراج وظيفة، وصورة خراج المقاسمة: أن يفتح الإمام بلدة من بلاد أهل الحرب قهراً وعمرة، ومنّ عليهم برقاتهم وأراضيهم، فيقاسمهم في رروع أراضيهم وثمار كرومهم على ما يرى الصلاح فيه من إيجاب سلس الخراج، وربعه، وثنته إلى النصف، لا يريد على النصف، بطراً لرب المال ولا يجب بالتمكس؛ لأن محلها الخارج، فما لم يوجد الخارج حقيقة لا يجب كالعشر^(١).

١ - بدائع الصنائع لنكاساني ٩٤/٢؛ والفتاوى النانارخانية ٤١٧/٥

وصورة خراج الوظيفة: أن يمتنع الإمام بلدةً من بلاد أهل الحرب قهراً وعبوةً، ومنّ عليهم برفاههم وأراضيهم فيوطّف على الأراضي مقدّاراً معلوماً من الدراهم أو الدينار، أو أفقره معلومةً من الطعام على قدر ما يرى الإمام الصلاح فيه، حصل الخراج حقيقةً بأن ررع، أو اعتباراً بأن ترك الزراعة مع الإمكان^(١).

[أرض الخراج]

(١٢٧٣) وأما أرض الخراج، قال محمد رحمه الله في كتاب العشر والخراج: أرض السواد كلها حراجية، وأراد به "سواد العراق"، وحدة السواد طولاً من تخوم "الموصل" إلى أرض "عبّادان"^(٢) وحدّه عرضاً من مقطع الجبل من أرض "حلوان" إلى أقصى "القادسية" المتصل بـ عديب من أرض "العرب" وكذا ما وراء "سواد العراق" من أرض الجبل كأراضي "طبرستان"، وبحوها، حراجية^(٣)، وكذا كل أرض فتحت قهراً وعبوةً، ولم يسلم أهلها، ومنّ عليهم، وترك على أهلها أراضيهم فهي حراجية إن كان يصل إليها ماء الخراج^(٤)، وكل بلدة فتحت صدحاً،

١- الفتاوى التاتارخانية ٤١٧/٥.

٢ عبّادان بفتح وبشديد الباء حصص صغير على شطّ البحر، وفي انش: لبس وراء عبّادان قرية، كما في المستقصى وعمه (مجمع الأهر في شرح ملتقى الأعمر ١/٦٦٢ ط- دار إحياء التراث العربي للشر والتوزيع

٣- الفتاوى التاتارخانية ٤١٧، ٤١٨، والفتاوى الحاخية على هامش الهدية

٤ - الفتاوى الحاخية على هامش الهدية ٢٧٠/١.

وقبلوا الجزية فهي أرض حراج، وكل بلدة فتحت عنوةً، وأسلم أهلها قبل أن يحكم الإمام فيهم بشيء كان الإمام بالخيار فيها: إن شاء قسمها بين الناس، وتكون عشيرة، وإن شاء من عبيهم، وبعد المثل كان الإمام بالخيار: إن شاء وصع العشر، وإن شاء وضع الحراج إن كانت تسقى بماء الحراج^(١)، وكذا كل بلدة طلب أهلها من الإمام دمة، والإمام يجيبهم إلى ذلك، ويضع على أراضيهم الحراج^(٢)، وكذا الإمام إذا نقل قومًا من أهل الدمة من بلدة إلى بلدة أخرى لمصلحة رآها، فإن الأراضي المتقنة إليها أراضي حراج^(٣)، وكذلك الإمام إذا فتح بلدة قهراً وعنوةً، وتردد بين أن يمن عليهم برفقهم وأراضيهم باخراج وبين أن يقسمها بين الغاعمين، فوظف الحراج على الأراضي، ثم بدا له أن يقسمها بين الغاعمين فقسمها فهي حراجية^(٤)، وكذا أرض عشيرة انقطع عنها ماء العشر، وصارت تسقى بماء الحراج، فهي حراجية، وهذا قول محمد رحمه الله^(٥).

وأرض الجبال التي لا يصل إليها ماء العشر، وما أحصى من الموات إن أحصى بماء الحراج فهي حراجية، وما لا يبلغها ماء الحراج وأحصى بئر أو قناة يطر إلى ما حولها من الأرض: إن كان حولها أرض حراج فهي حراجية، وإن كان حولها أرض عشر فهي عشيرة^(٦).

١ - الفتاوى الحنابلة على هامش الهدية ١/٢٧٠-٢٧١.

٢ - الفتاوى التاتاريخانية ٥/٤١٨.

٣ - الفتاوى التاتاريخانية ٥/٤١٨.

٤ - الفتاوى التاتاريخانية ٥/٤١٨.

٥ - الفتاوى التاتاريخانية ٥/٤١٥.

٦ - الفتاوى الحنابلة على هامش الهدية ١/٢١٧.

[ماء الخراج]

(١٢٧٤) وأما ماء الخراج: ماء الخراج ماء الأهبار التي حفرها الأعاجم كهر "يردجر" وهر "النت" وأشباههما خراجية، و"السيحون" و"الجيحون" و"دجلة" و"الفرات" خراجية في قول أبي يوسف رحمه الله، وقد ذكرنا حكم مائها في مسائل العشر فلا نعيده^(١).

[مقدار الخراج]

(١٢٧٥) وأما مقدار الخراج في خراج الوظيفة، قال محمد رحمه الله: في كل جريب يصلح للزراعة في كل ستة قمر من الحطة، أو الشعير ودرهم؛ وفي جريب الرطب خمسة دراهم؛ وفي جريب الكرم عشرة دراهم، وعرف ذلك بتوظيف عمال عمر رضى الله عنه خديعة بن اليمان^(٢)، وعثمان بن حنيف^(٣)، وإجارته بمشورة علي ومعاد بن جبل

١ - العتارى الحفانية على هامش الهندية ١/٢٧٠.

٢ - خديعة بن اليمان العبسي من كبار الصحابة، روى عن النبي ﷺ الكثير، وعن عمر، وروى عنه جابر وجندب، وعبد الله بن يزيد، وأبو الطفيل والآخرين ومن التابعين بلال وربيعة بن خراش وغيره. ستمعله عمر على المدائن وم يرب بها حتى مات بعد قتل عثمان، وبعد بيعة علي بأربعين يوماً، وذلك في سنة ستة وثلاثين (الإصابة في تمييز الصحابة ١/٣١٨).

٣ - عثمان بن حنيف قال الترمذي: شهد "بدرًا"، وقال الجمهور: أول مشاهدته "أحد" بعثه عمر بن الخطاب على مساحة الأرض بعد فتح "الكوفة"، روى عنه ابن أبيه أبو أسامة بن سهل، وطائفة، به قصة مشهورة في وقعة "جمل"، سكن "الكوفة" ومات في خلافة "معدوية" (الإصابة في تمييز الصحابة لأبى حجر ٢/٤٥٩).

رضي الله عنهما حين بعثهما ليمسحا سواد العراق، فمسحا فبلغ ستة وثلاثين ألف ألف حريب، ووضع الخراج على التقدير الذي قال في الكتاب^(١).

وفي أرض الرعمران بقدر ما تطيق؛ لأن الخراج يوطف بقدر الطاقة، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه قال للذين مسحوا سواد العراق: "لعلكما حملتما الأراضى ما لا تطيق"، فقالا: لا بل حملناها ما تطيق، ولو زدنا لأطقت، فيه دليل على أن التوظيف مقدر بالطاقة، وليس في الرعمران والبستان توظيفاً منهما؛ لأن الرعمران لم يكن بسواد العراق في ذلك الوقت^(٢).

ودكر القاضي الإمام^(٣) صدر الإسلام رحمه الله في شرح كتاب العشر والخراج: أن في أرض الرعمران قعيراً ودرهماً، وذكر صدر الإسلام معنى الطاقة في أرض الرعمران، فقال: ينظر أن ما يخرج من حريب الأرض من الررع كم قيمته، فإن كانت قيمته مائة ينظر إلى الواجب فيه، وهو قعير ودرهم، كم يبلغ؟ فإن كان يبلغ أربعة بأن كانت قيمة القعير ثلاثة، عرفت أن الواجب في المائة أربعة دراهم، ثم ينظر: إن الخراج من الرعمران كم قيمته فإن كانت قيمته مائة يجب فيه أربعة، وإن كانت قيمته مائتين يجب فيه ثمانية فعلى هذا القياس^(٤).

١ - الفتاوى الخفية على هامش الهندية ٢٧١/١.

٢ - انظر موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ٣٨٢-٣٨٣.

٣ - كل موضع ذكر "القاضي الإمام فهو عبي البرودي، هكذا في نسخة "أ" وهي ساقطة من نسخة "ب" و"ج".

٤ - الفتاوى الخفية على هامش الهندية ٢٧١/١، والناظر خاتمة ٤٢٠/٥، وبدائع الصنائع للكاساني ٩٤/٢.

بيان ذراع الملك

(١٢٧٦) والجرب ستون ذراعاً في متين ذراعاً بدرعان الملك، وذراع الملك سعة قصات، وذلك يريد على ذراع العامة بقصة قصات الرجل الوسط، قال شيخ الإسلام المعروف بمواهب رادة رحمه الله^(١): يقول محمد رحمه الله: الجرب اسم لستين ذراعاً حكاية عس جريهم، وليس بتقدير لارم، بل جرب الأراضي يختلف باختلاف البلدان، فيعتبر في كل بلدة متعارف أهلها، وأراد بذراع الملك ذراعاً كان يسب إلى ملكهم في رماهم. وكانت الأرض في ذلك الزمان تدرع بذراع الملك، والكرباس وأشباهه يدرع بذراع العامة^(٢).

[بيان القفيز]

(١٢٧٧) والمراد من القفيز الصاع الذي كان على عهد رسول الله عليه السلام، وهو ثمانية أرتال بالعراقي، وهو أربعة أماء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله، وهو قول أبي يوسف الأول رحمه الله. ثم رجع أبو يوسف رحمه الله، وقال: هو خمسة أرتال، وثلاث رطل وهو صاع أهل المدينة، وبه قال الشافعي رحمه الله. وقال بعض مشايخهم رحمه الله: لا خلاف بينهم في مقدار الصاع، لأن المنة عندما أربعون إسترأ

١ - قد مرّت ترجمته في المجلد الثاني/ ١٠

٢ - الصاوي التاتارخانية ٤٢٠/٥، والمتاوى الحانية على هامش اهديه ٢٧١

فيكون أربع مرات أربعون إسترأ، مائة وستون^(١)، والمنّ عند الشافعي رحمه الله: ستون إسترأ فيكون مرتين ستون، مائة وعشرين، وثلاثاً من أربعون إسترأ، فيكون مائة وستين^(٢) فلا يتحقق الخلاف بيننا وبينه في مقدار الصاع^(٣).

وبعض أصحابه يقولون إن المنّ عندنا أربعون إسترأ، فعلى هذا يتحقق الخلاف في مقدار الصاع، والصاع الذي يقدر بثمانية أرتال ما يستوي كيله ووربه هو العدس والماش، فإن العدس يستوي كيله ووربه حتى لو وزن من ذلك ثمانية أرتال ووضع في الصاع لا يريد ولا يقص، وما سوى ذلك تارة يكون الوزن أقل من الكيل كالملح، وتارة يكون الوزن أكثر من الكيل كالشعير، فإذا كان المكيال يسع فيه ثمانية أرتال من العدس والماش، فهو الصاع الذي يكال به الحنطة والتمر والشعير في الخراج وصدقة الفطر.

وذكر في كتاب العشر والخراج: انقمير المعتبر من كل ما يزرع في ذلك الأرض، وقال في موضع آخر: انقمير المعتبر يكون من الحنطة.

١ - هكذا في النسخ الثلاث ولعل الصحيح (مائة وستين).

٢ - هكذا في نسخة "ب"، وفي نسخة "أ" (فيكون أربع مرات أربعون إسترأ ومائة وستون، فيكون مرتين ستون مائة وعشرين ثلاثاً من أربعون إسترأ)، وفي نسخة "ح" (فيكون أربع مرات أو أربعون إسترأ الخ).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢١/٥

[المراد من الدرهم]

(١٢٧٨) والمراد من الدراهم الدرهم الذي يورن يورن سبعة، وقد مرّ تفسير وزن سبعة في فصل الزكاة، وذكر الشيخ الإمام الفقيه أبو الليث رحمه الله في فتاواه في آخر باب الصلح في تفسير ورن سبعة، قال: كان على عهد عمر رضي الله عنه دراهم مختلفة على اثني عشر قيراطاً وبعضها عشرون قيراطاً، وبعضها عشر قرائط، وكان الدينار على سوع واحد وهي عشرون قيراطاً، وكان يقع الخصومة بين الناس في مباحاتهم مشاور عمر أصحابه رضي الله عنهم^(١) قال بعضهم: خذ من كل نوع فأخذ عمر رضي الله عنه ثلث العشرة، وثلاث اثني عشر، وثلاث عشرين، فبلغ أربع عشر قيراطاً فجعل وزن الدرهم ورن أربع عشر قيراطاً، وورن الدينار على حاله عشرون قيراطاً، فصار ورن عشرة

١ - وقال المنوردي في "الأحكام السلطانية"، وذكر آخرون: أن السبب في ذلك أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لما رأى اختلاف الدراهم، وأن منها البعلي: وهو ثمانية دوايق، ومنها الطبري: وهو أربعة دوايق، ومنها النفري: وهو ثلاثة دوايق، ومنها اليماني: وهو دابق، قال: انظروا الأغلب مما يتعامل به الناس من أعلاها وأدناها، فكان الدرهم البعلي، والدرهم الطبري، فجمع بينهما، فكان اثني عشر دابقاً، فأخذ نصفها فكان ستة دوايق، فجعل الدرهم الإسلامي في ستة دوايق ومنى ريدت عليه ثلاثة أسباعه كان مثقالاً، منى نقصت من المثقال ثلاثة أعشاره كان درهماً، فكل عشرة دراهم سبعة مثاقيل، وكل عشرة مثاقيل أربعة عشر درهماً وسبعان (الأحكام السلطانية للمنوردي، ٢٧٣، ط: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى: ١٩٩٠م).

دراهم مائة وأربعين قيراطاً مثل ورد سبعة دنانير، كل دينار عشرون قيراطاً إلا أنهم أخذوا الدراهم اثني عشر قيراطاً، لأنه أقل كسراً^(١).

[تقدير الخراج]

(١٢٧٩) ثم إن محمداً رحمه الله اعتبر طاقة الأرض في الخراج، ومعنى الطاقة أن لا يريد الخراج على نصف الخراج، وذكر في السير الكبير ما يشير إلى هذا، فقال: إذا كانت الأرض بحال يجرح منها كسل ستة قميران ودرهمان، فأخذ منه فقيراً ودرهماً كان بقدر الطاقة، وروى داود بن رشيد^(٢) عن محمد رحمه الله في معنى الطاقة أن يسرك لكل رجل من أصحاب الأراضي من ررعه ما يقوته ويقوت عياله وبشره في أرضه إلى أن يعود الررع من عام قابل^(٣).

١ وفي لسان حامية والمعتبر في الدراهم ورب سبعة وهو أن يكون كل عشرة دراهم سبعة مثاقيل، والأصل فيه أن الدراهم على عهد عمر رضي الله عنه كانت على ثلاثة أنواع: اثنا عشر قيراطاً وعشرون قيراطاً، وعشرة قيراطاً، والدينار على نوع واحد، وهو عشرون قيراطاً، وكان يقع بين سائر الخصومة في ما يعاقم بالدراهم فشاو أصحابه في ذلك، فقبل له أحد من كل نوع ثلاثة، فأخذ عمر رضي الله عنه ثلث عشر وثلث اثني عشر وثلث العشرين، فبلغ ذلك أربعة عشر قيراطاً، وعقد ورد الدينار على حاله، وينبع ورد عشر دراهم مائة وأربعين قيراطاً، وهو ورب سبعة دنانير، كل دينار عشرون قيراطاً، واختموا في ورد الدراهم على عهد رسول الله ﷺ، فقبل لها كانت على ورد سبعة وثلث كانت على ورد منه والأصح أنها كانت على ورد خمسة وكذلك على عهد الصديق ثم صار على ورد سبعة على عهد عمر رضي الله عنه ٢٢٠

٢ - مرت ترجمته في المجلد الأول ١٢٣/١

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٣/٥.

قال: إن كانت الأرض لا تطبق حصة دراهم بأن كان الخراج لا يمنع عشرة دراهم يجوز التقصا عن ذلك، حتى يصير الخراج مثل نصف الخراج، لأن التقصا عن وظيفة عمر رضي الله عنه إذا كانت الأراضي لا تطبق تلك الوظيفة جائز بالإجماع.

أما الريادة على تلك الوظيفة في الأراضي التي صدر التوظيف فيها من عمر رضي الله عنه لا يجوز بالإجماع، وكذلك في الأراضي التي صدر التوظيف فيها من إمام مثل عمر يمثل وظيفة عمر لا يجوز الريادة بالإجماع^(١).

(١٢٨٠) أما الأراضي التي يريد الإمام توظيف الخراج عليها ابتداءً، إذا راد على وظيفة عمر رضي الله عنه، على قول محمد رحمه الله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله: يجوز، وعلى قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله: لا يجوز، وهو الصحيح^(٢).

وقال: ولو أن الإمام وظف مثل وظيفة عمر رضي الله عنه، ثم أراد أن يزيد على تلك الوظيفة ليس له ذلك، وإن كانت الأراضي تطبق الريادة، وكذلك لو أراد أن يحولها إلى وظيفة أخرى بأن كانت الوظيفة الأولى دراهم فأراد أن يحولها إلى المقاسمة، أو كانت الوظيفة الأولى مقاسمة فأراد أن يحولها إلى الدراهم ليس له ذلك.

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٢/٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٢/٥.

فإن راد عليهم على تلك الوظيفة أو حوثها إلى وظيفة أخرى
وحكم بذلك عليهم، وكان من رايه ذلك ثم ولي بعده وال يرى خلاف
ذلك، فإن كان الأول صاع ما صاع بطيب أنفسهم أمضى الثاني ما فعله
الأول، وإن كان الأول صاع ذلك بعير طيب أنفسهم، فإن كانت
الأراضي فتحت عوة، ثم من الإمام بها عليهم، أمضى الثاني ما صاع
الأول وإن افتتحت الأراضي بالصلح قبل أن يظهر الإمام عليهم وبماقي
المسألة محالها، والثاني يقص فعل الأول^(١).

(١٢٨١) وأما خراج المقاسمة: فقد ذكرنا أن التقدير معصّ إلى
رأي الإمام من إيجاب سدس الخارج، وثلثه، وربعه إلى النصف، ولا يراد
عنى نصف الخارج، قال في كتاب العشر والخراج: ويسعى أن يكال هذا
القفير بريادة حفتين، وتكتموا في تفسير قوله: أن يكال بريادة حفتين،
قال بعض مشايخنا رحمهم الله: تفسيره: أن يصع الكيال كفيه على جاني
القفير عند الكيل من الصيرة، ويمسك ما يقع في كفيه من الطعام ويصبّ
القفير مع ما في حفتين في جوالق العاشر، وبعضهم قالوا: معناه أن يملأ
الكيال القفير ثم يمسح ما أعلى^(٢) القفير حتى يصبّ ما في أعلاه من
الحبات، ثم يصبّ القفير في جوالق العاشر مع ما يملأ حفتيه من
الصيرة^(٣).

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٢/٥.

٢ - وفي نسخة "ب" (هنا أعلى) وفي نسخة "ح" (ملاء على القفير)

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢١/٥.

[من يجب عليه الخراج ومن لا يجب]

(١٢٨٢) وأما من يجب عليه الخراج ومن لا يجب. كل من ملك أرض الخراج يؤخذ منه الخراج، مسلماً كان أو كافراً، حراً كان أو مكاتباً أو عبداً مآدوياً، صغيراً كان أو كبيراً، رجلاً كان أو امرأة^(١)

(١٢٨٣) قال محمد رحمه الله في كتاب العشر والخراج: وليس في الحبل والشجر شيء، ومعناه. إذا كان حول المرعة أشجار إلا أنها لا تكون منتفعة بحيث يمكن زراعة ما تحتها، فإنه لا يجب بسبب الأشجار والسخيل وطيئه أخرى ريادة على خراج الأرض^(٢)

(١٢٨٤) أما إذا كان في نفس المرعة أشجار منتفعة بحيث لا يمكن زراعة ما تحتها، ذكر محمد رحمه الله في كتاب العشر والخراج من الأصل: أنه يوضع على كل جريب عشرة دراهم، ولم يذكر أن هذا قول من؟ وفي النوارذ عن أبي يوسف رحمه الله أنه يوضع على كل جريب عشرة دراهم مثل ما ذكر محمد رحمه الله في نوارذ الركاة، وفي الجامع الصغير: أن معنى قوله: يوضع على كل جريب بقدر ما تطيق، وتبين بما ذكر محمد رحمه الله من قوله في النوارذ وفي الجامع الصغير: أن المذكور في الأصل قول أبي يوسف رحمه الله^(٣).

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٣/٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٣/٥.

٣ - الفتاوى التاتارخانية وفيه وفي النوارذ، بعد قوله "إن هذا قول من؟" ٤٢٤/٥

(١٢٨٥) قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير: رجل له أرض خراج عطلها فعليه الخراج، وقال في كتاب العشر والخراج من الأصل: لو أن أرضاً من الأراضي الخراجية عجز عنها صاحبها وعطلها، وتركها كان للإمام أن يدفعها إلى من يقوم عيها، ويؤدي خراجها، وأراد بقوله من يقوم عيها، ويؤدي خراجها، من يعمل فيها بالخراج ويأخذ الأرض ويررعها ويؤدي الخراج من العلة ويمسك الباقي لنفسه^(١).

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحنوي رحمه الله: والصحيح من الجواب في هذه المسألة أن يؤجر الإمام الأراضي أولاً ويأخذ الأجر ويدفع قدر الخراج ويمسك الباقي لرب الأرض، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الريادات^(٢).

وإن كان لا يجد من يستأجرها يدفعها مراعاةً بالثالث والرابع على قدر ما يوجد من مثل تلك الأرض مراعاةً، ويأخذ الخراج من نصيب صاحب الأرض، ويمسك الباقي على رب الأرض.

وإن كان لا يجد من يأخذها مراعاةً يدفعها إلى من يقوم عليها ويؤدي الخراج عنها.

(١٢٨٦) وعن هذا قال بعض المشايخ: السلطان إذا دفع أراضي لا مالك لها، وهي التي تسمى أرض ممسكة إلى قوم ليعطوا الخراج جار^(٣).

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٤

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٤.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٢٤.

قال. فإن لم يجد الإمام من يعمل فيها بالخراج يبيعها ويدفع
الخراج من ثمنها ويحفظ الباقي على رب الأرض^(١).

(١٢٨٧) قيل: ما ذكر أن الإمام يبيع الأراضي، قول أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله، أما عن قول أبي حنيفة رحمه الله: يبيع أن لا يبيعها ولا
يؤجرها، لأن ذلك حكر وعنده الحجر على العاقل النافع باطل، وقيل
هذا قول الكل وهو الصحيح^(٢).

(١٢٨٨) وذكر في بعض الكتب في هذه المسألة: أن يشترى
ثيراناً، وأداة للزراعة، ويدفعها إلى إسان ليرعها. فإذا حصت العمة
يأخذ منها قدر الخراج وما أنفق عليها، ويحفظ الباقي على رب
الأرض^(٣).

(١٢٨٩) فقال: أبو يوسف. يقرض الإمام لصاحب الأرض من
مال بيت المال ما يشترى به الثيران والأداة؛ لأن الإمام مأمور بشتمير مال
بيت المال بأي وجه ينهيأ له، وهذا من التثمين

فإذا ظهرت العمة يأخذ منها الخراج ومقدار ما أقرض من بيت
المال.

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٥/٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٥/٥.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٥/٥.

هذا كنه إذا كان ربّ الأرض عاجزاً عن الرّاعة بأن كان معسراً، أما إذا كان عباً فالإمام^(١) يتقدم إليه. لم لا ترزع أرضك؟ ولا يجبره على العمل ولكن يأخذ الخراج منه لتركه رراعتها مع الإمكان^(٢).

(١٢٩٠) ثم إذا كان ربّ الأرض عاجزاً عن الرّاعة وصع الإمام بالأرض ما ذكرنا، ثم عادت قدرته وإمكانه من العمل والزراعة، يستردّها الإمام من هي في يده، ويردّها على صاحبها إلا في البيع محاصة^(٣).

(١٢٩١) قال قرية فيها أراضي مات أربابها، أو عابوا وعجز أهل القرية عن خراجها، وأرادوا التسليم إلى السلطان، يفعل على نحو ما قسأ، فإن أراد السلطان أن يأخذها لنفسه يبيعها من عمره، ثم يشتري من المشتري.

(١٢٩٢) قال: السلطان إذا جعل الخراج لصاحب الأرض، وتركه عليه جار في قول أبي يوسف رحمه الله، خلافاً لمحمد رحمه الله، قال قاضي القصاة رحمه الله. الفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله إذا كان صاحب الأرض من أهل مصرف الخراج، ولو جعل العشر لصاحب الأرض لا يجوز في قولهم جميعاً^(٤).

١ - وفي نسخة "ب" (فلإمام أن يتقدم إليه)

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٥/٥

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٥/٥-٤٢٦.

٤ - الفتاوى الخانية على هامش الهدية ٢٧٣/١.

(١٢٩٣) قال: السلطان إذا لم يطلب الخراج ممن عليه الخراج كان على صاحبه أن يتصدق به، فإن تصدق بعد الطلب لا يخرج عس المهدة^(١).

(١٢٩٤) قال: السلطان إذا وهب لرجل خراج أرضه، ذكر في السمر الكبير: أنه لا ينبغي له أن يقبل؛ لأنه حق الجماعة، فإن كان مصرفاً كان له أن يقبل^(٢).

(١٢٩٥) وللسلطان أن يجبس علة أرض الخراج حتى يأخذ الخراج^(٣).

(١٢٩٦) قال: رجل باع أرضاً ببصاء خراجية إن بقي من السنة مقدار ما يقدر المشتري على رراعتها قبل دخول السنة الثانية، فالخراج على المشتري، وإن لم يبق من السنة ذلك المقدار، فالخراج على البائع، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في الوادر، فإنه ذكر في الوادر: إذا عرق أرض الخراج، ثم نصب الماء عنها، إن نصب في وقت يقدر على رراعتها ثانياً قبل دخول السنة الثانية، ولم يزرعها فعليه الخراج، وإن نصب الماء عنها في وقت لا يقدر على رراعتها ثانياً قبل دخول السنة الثانية لا يجب الخراج^(٤).

١ - الفتاوى الخاية على هامش الهندية ٢٧٣/١.

٢ - الفتاوى الخاية على هامش الهندية ٢٧٤/١.

٣ - الفتاوى الخاية على هامش الهندية ٢٧٤/١.

٤ - الفتاوى التاتارخاية ٤٢٦/٥.

(١٢٩٧) ثم اختلف المشايخ رحمهم الله: أن المعتبر ررع الحنطة، أو لشعير أو أي ررع كان، قال الشيخ الإمام الفقيه أبو منصور رحمه الله^(١) المعتبر أي ررع كان، وقال الشيخ الإمام الفقيه أبو القاسم رحمه الله^(٢) المعتبر زرع الحنطة أو الشعير^(٣).

(١٢٩٨) وكذلك اختلفوا أنه هل يشترط بوجوب إخراج على المشتري إدراك الربيع^(٤) بكماله؟ بعضهم شرطوا تمكن المشتري من أن يررع الأرض ويدرك ربيعها قبل دخول السنة الثانية، وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله، وبعضهم قالوا: إن بقي من السنة مقدار ما يمكنه أن يررع الأرض أي ررع كان، ويصير قصيصاً، ويسع قيمته قدر الحراج ومثله^(٥)، يجب الحراج على المشتري، وإن كان بخلافه فالخراج على البائع.

وكان الصدر الشهيد رحمه الله يختار أنه إن بقي من السنة تسعون يوماً، فالخراج على المشتري، وإن كان أقل من ذلك، فالخراج على البائع.

١ - مرت ترجمته في المجلد الأول ٨٠/١.

٢ - قد مر ذكره في المجلد الأول ١١٠/١.

٣ - الفتاوى الانتاجية ٤٢٦/٥، وعندها ثم اختلف المشايخ فيما بينهم أن المعتبر ررع الحنطة أو شعير، أو أي ررع كان، فالفقيه أبو بصير يعتبر أي زرع كان.

٤ - وفي نسخة "ب" (الربيع).

٥ - اتفقت النسخ الثلاثة على (ومثله).

وهذا منه اعتبار زرع الدخن، وإدراك الربيع بكماله، فإن ربيع
الدخن يدرك في مثل هذه المدة.

وإن كانت الأرض مرروعة، فإن كان الررع لم يطلع بعد،
فالخراج على المشتري على كل حال، ذكره في نوادر مختصر عصام.
وإن كان الررع قد بلغ وانفقد الحب كان هذا كما لو باع أرضاً
عارعة وباع معها حطة محصودة، هكذا ذكر في آخر ركاة فتاوى الشيخ
الإمام الفقيه أبي الليث رحمه الله^(١).

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: هذا الذي ذكرناه إذا
كانوا يأخذون الخراج في آخر السنة، فإن كانوا يأخذون في أول السنة
على سبيل التعجيل، لا يجب على البائع ولا على المشتري؛ لأن ذلك ظلم
محض^(٢).

(١٢٩٩) قال: ولو اشترى أرض الخراج ولم يكن في يد المشتري
مقدار ما يتمكن من الزراعة فيها، فأخذ السلطان الخراج من المشتري، لم
يكن للمشتري أن يرجع على البائع؛ لأنه ظلم، ومن ظلم ليس له أن
يظلم غيره^(٣).

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٦/٥ - ٤٢٧.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٧/٥.

٣ - الفتاوى التاتارخانية نقلاً عن الحاشية ٤٢٨/٥، والحاشية ٢٧٢/١ ٢٧٣.

قال: رجل له أرض حراجية، عرس فيها كرمًا، وهي لا تبلغ ستين، ولا تثمر شيئًا، لا قليلًا ولا كثيرًا، فإنه يجب عليه ما يجب في أرض يروع في كل جريب فقيز ودرهم، ولا يجب عليه خراج الكرم، فإن بلغ الكرم وأثمر وكانت قيمة الخارج من كل جريب يبلغ عشرين درهماً فصاعداً، فعليه خراج الكرم، في كل جريب عشرة دراهم، وإن كانت قيمة الخارج من كل جريب أقل من عشرين درهماً، فإنه يؤخذ منه بقدر نصف الخارج إلا أن يكون نصف الخارج أقل من فقير ودرهم، فحينئذ يؤخذ منه فقير ودرهم، وذكر في بعض الروايات: أنه إذا كان الخارج أقل من عشرين درهماً يؤخذ منه فقير ودرهم^(١).

وذكر القاصي الإمام صدر الإسلام رحمه الله في شرح كتاب العشر والخراج: إذا ررع في أرض الخراج الأشجار التي ليست لها ثمرة، فعنها فقير ودرهم، إذا كان جريباً، وذكر أيضاً: إذا عرس بحلاً أو أشجاراً مثمرة، إن كانت الأشجار متفرقة، بحيث يمكن رراعة ما في وسط الأشجار، ليس في الأشجار التي تكون على المسافة شيء، وإن كانت الأشجار متعة، بحيث لا يمكن رراعة أرضها فعنها عشرة دراهم إذا كان جريباً^(٢).

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٩/٥ - ٤٣٠.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٠/٥.

(١٣٠٠) قال: إذا كان لرجل أرض حراجية، فلا يحلو: إما أن يرعها بنفسه، أو يرعها غيره، فإن رعها بنفسه يلزمه ما كان وطيفة هذه الأرض، وإن رعها غيره فلا يحلو: إما أن كان الرارع مستأجراً أو مستعيراً، أو عاصباً، فإن كان مستأجراً، والخراج خراج وطيفة، فالخراج يجب على صاحب الأرض عندهم جميعاً؛ لأن المستأجر تمكن بمكيهه فكأنه تمكن من الزراعة، ولم يزرع، وصار كما لو دفعها مزارعة إلا إذا كان كرمًا، أو رطاباً، أو شجراً ملتفاً، فإن إجارته باطلة؛ لأن هذه الإجارة وقعت على استهلاك العين، وإن كانت الأرض عشرية أو حراجية خراج مقاسمة، قال أبو حبيبة رحمه الله: يجب العشر والخراج على صاحب الأرض، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجب على المستأجر، لأن العشر وخراج المقاسمة لا يجبان بالتمكن على ما ذكرنا^(١).

وعن أبي حبيبة رحمه الله في المستعير: روايتان.

وأما إذا كان عاصباً، وقد رعها فلا يحلو: إما أن نقصنها الزراعة أو لم نقصها، فإن انتقصت الأرض برراعتها، والخراج خراج وطيفة، يجب على رب الأرض عند أبي حبيبة رحمه الله: قلّ القصاص أو كثر، ويدخل القصاص في ذلك حتى لا يضمن العاصب لرب الأرض بقصاص الأرض، هكذا ذكر في مراعاة الكبر؛ لأن الزراعة متى أوجبت نقصاً

١ - الفتاوى الخاتمة على هامش الهندية ٢٧٢/١.

في الأرض، يصير العاصب كالمستأجر، وكأنه أجرها من العاصب بصمان القصان، وإن لم تنقصها الزراعة، فالخراج على العاصب عند أبي حنيفة رحمه الله، هكذا ذكر أيضاً في مراعاة الكبير^(١).

وذكر في تحريد المحيط: اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يجب الخراج على المالك، وقال بعضهم: يجب على العاصب على كل حال، وروى الملقى عن أبي يوسف رحمه الله أن الخراج في هذه الصور على المالك، أما إذا لم تنقصها الزراعة، والعاصب مقر بالعصب، أو كان للمالك بنة، فالخراج على رب الأرض؛ لأنه يمكنه الأخذ من العاصب، وخراج الوظيفة يجب بالتمكن.

وذكر في مزاولة الصغير: فيما إذا لم ينقصها الزراعة قياساً واستحساناً، فالقياس: أن يكون على صاحب الأرض، وفي الاستحسان: يكون على العاصب، ووجه القياس: أن سبب الصمان معتد فيعتبر بما لو وجب الصمان، ولو وجب الصمان كان الخراج على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: يجب على رب الأرض، فكنا هذا، ووجه الاستحسان: أنه لم يوجد الصمان، ولا سبب الصمان، لأن العصب في الأرض لا يكون موجباً للصمان عند أبي حنيفة رحمه الله، وسبب الصمان: إنما هو القصان، والنقصان لم يوجد^(٢).

١ - المصدر السابق.

٢ - الفتاوى الخافية على هامش الهدية ١/ ٢٧١-٢٧٢.

وأما على قول محمد رحمه الله: ينظر إلى الخارج والقصص أيهما كان أكثر، كان ذلك على العاصب، إن كان القصص أكثر من الخراج^(١) فبمقدار^(٢) الخراج يؤدي العاصب إلى السلطان ويدفع الفصل إلى صاحب الأرض، وإن كان الخراج أكثر، يدفع الكل إلى السلطان^(٣).

(١٣٠١) وفي بيع الوفاء إذ قض المشتري، فالمشتري بمنزلة العاصب. هكذا ذكر قول محمد رحمه الله في مراعاة الكرم، وذكر ابن رستم في نوادره عن محمد رحمه الله. أنه قال: مقدار ما حصل له من صمان القصص يجب على رب الأرض، وما راد يجب على العاصب.

وذكر في نوادر هشام أن الخراج على رب الأرض عند أبي يوسف رحمه الله إن لم تنقصها الزراعة، وذكر ابن رستم في نوادره قول أبي يوسف مثل قول محمد رحمه الله^(٤).

(١٣٠٢) قال: المسلم إذا اشترى أرضاً حراجية من الكافر تقى حراجية كما كانت؛ لأن الخراج يشبه الجزية من حيث المصروف ويشبه العشر من حيث المبيع، فمن حيث أنه يشبه الجزية لا يوطئ على المسلم ابتداءً، ومن حيث أنه يشبه العشر يبقى عليه، بخلاف الجزية؛ لأنه لا يشبه العشر، لا سبباً ولا مصرفاً.

١ - وفي نسخة "ح" (الخارج) وفي نسخة "أ" و "ب" (الخراج)

٢ - وفي نسخة "أ" (مقدار) وفي نسخة "ح" (مقدر)

٣ - الفتاوى الختانية على هامش الهندية ٢٧٢/١.

٤ - الفتاوى الختانية على هامش الهندية ٢٧٢/١.

وقال مالك رحمه الله: لا تبقى خراجية بعد ما اشتراها المسلم؛
لأن الإسلام يجمع توطيف الخراج ابتداءً على المسلم، فيجمع بقاءً، قياساً
على حراج الرأس، قلنا: لا نسّم بأن ما يمنع الابتداء يجمع البقاء، ألا ترى!
أن العدة تجمع ابتداء الكاح، ولا تجمع البقاء، والاسترقاق يجمع الإسلام
ابتداءً، ولا يجمع البقاء^(١).

١ - يجمع الأحرار في شرح ملتقى الأبحر ٢١٧/١.

بيان الأسباب الموجبة لسقوط الخراج

وأما بيان الأسباب الموجبة لسقوط الخراج:

(١٣٠٣) قال محمد رحمه الله: إذا ررع الرجل أرضه الخراجية فاصطلمتها آفة، سقط عنه الخراج، بخلاف ما إذا استأجر أرضاً للزراعة، وررعها فاصطلمتها آفة يلزمه الأجر إلى وقت إصابة الآفة؛ لأن الأجرة عوض المافع يجب شيئاً فشيئاً جرءاً فجرءاً على حسب حدوث المافع^(١)، أما الخراج ليس بعوض للمافع، وإنما يجب جملة إذا تمكّن من الانتفاع بإدراك زرعه ولم يوجد.

(١٣٠٤) هذا، إذا ذهب كل الخارج. أما إذا ذهب بعض الخارج: فإن بقي من الخارج مقدار الخراج ومثله، يجب الخراج، وإن بقي أقل من قدر الخراج ومثله، لا يجب تمام الوطيفة، وإنما يجب قيمة نصف الخارج. قال مشايخنا رحمهم الله: والصواب في مثل هذا أن ينظر الإمام إلى ما أتفق هذا الرجل في هذا الأرض، وينظر إلى الخارج، فيحتسب له ما أتفق، ويرفع من الخارج، فإن فصله منه شيء أخذ منه الخراج على نحو ما بينا^(٢).

قال مشايخنا رحمهم الله: ما ذكر محمد رحمه الله في الكتاب إن الخراج يسقط بهلاك جميع العلة، محمول على ما إذا لم يبق من السعة مقدار يمكنه أن يزرع الأرض ثانياً قبل دخول السعة الثانية، أما إذا بقي

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٣/٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٢/٥-٤٣٣.

من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الأرض ثانياً قبل دخول السنة الثانية يزرعها، لا يسقط الخراج^(١).

وذكر القاضي الإمام أبو المظفر^(٢) رحمه الله في شرح كتاب العشر والخراج: أن الخراج إنما يسقط بهلاك العلة، إذا كان الهلاك بأفة سماوية لا يمكن التحرر عنها، أما إذا كان الهلاك بأفة يمكن الاحتراز عنها، لا يسقط الخراج، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: لا يجب الخراج وإن هلك بأفة يمكن التحرر عنها، قال قاضي القضاة رحمه الله: القول الأول أصح^(٣).

(١٣٠٥) قال: إذا كان للأرض ريعان: حريمي وريعي، وسلم أحدهما للبائع والآخر للمشتري، أو تمكن كل واحد منهما من تحصيل أحد الريعين لنفسه، فالخراج عليهما، هكذا ذكر القاضي الإمام صدر الإسلام رحمه الله في شرح كتاب العشر والخراج^(٤).

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٣/٥.

٢ - أسعد بن محمد بن الحسين أبو المظفر جمال الإسلام الكرايسي البسابوري، كان فيها فاضلاً أديباً عالماً حسن الطريقة، له معرفة تامة بالمروغ والأصول، أخذ الفقه عن علاء الدين الإسعدي السمرقندي عن السيد الأشرف عن أبيه الوصاح عن أبيه السيد أبي شعاع، وقرأ الأدب على أبي منصور موهوب بن أحمد الخوافي وه "ابو جر في الفقه" و "المروغ" مئات سنة سبعين وخمسمائة (العوائد البهية / ٨٠).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٣/٥.

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٤٢٨/٥.

بيان جواز تعجيل الخراج

وأما بيان جواز تعجيل الخراج، وأوان وجوب الخراج والمسائل

المفردة

[تعجيل الخراج]

(١٣٠٦) ذكر محمد رحمه الله في بواخر الركاة: إذا عجل خراج أرضه لسة أو لستين يحوز، وإن كان قبل الوجوب، كما في باب الركاة؛ لأنه أدى الواجب بعد انعقاد سبب الوجوب؛ لأن السبب أرض نامية، ومحل الوجوب إما هو الدمة، وهي قائمة، والواجب دراهم مسماة، وهي موجودة، فانعقد السبب كما في باب الركاة^(١).

(١٣٠٧) وأما إذا عجل عشر أرضه لسة أو لستين، فإنه لا يحوز، كما لو عجل الركاة قبل الصاب، وكما لو عجل العشر لهده السة قبل الرراعة؛ لأنه أدى الواجب قبل وجود سبب الوجوب، وإن وجد سبب الوجوب، وهو أرض نامية؛ لأنه لم يوجد محل الوجوب ولا الواجب؛ لأن محل الوجوب الخارج والواجب بعض الخارج، وكلا الأمرين فائت؛ لأن الأرض إما تصير سبباً للوجوب باعتار الماء، وسبب الماء إما هي الرراعة، والرراعة في لأرض كالإسامة في الإبل، والتجارة

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٤/٥.

في سائر الأموال، أما إذا زرع ولم يبت وأدى العشر فالمسألة على الاختلاف، فعلى قول محمد رحمه الله لا يجوز؛ لأنه عجل قبل انعقاد السبب لما ذكرنا. أن محل انعقاد السبب هو الخارج، والسبب إذا لم يصادف محله لا يعقد سبباً، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله جاز؛ لأن المحل قد وجد وهو الحب، فإن الحب بعد ما ألقى في الأرض صار محلاً للخارج فأقيم مقام الخارج^(١)، أما إذا عجل عشر نجيله وكرمه، ذكر أنه لا يجزئه، وروي عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي أنه يجزئه هكذا ذكر الحاكم الجليل رحمه الله في مختصره.

وعلى هذا الاختلاف إذا عجل عشر النجيل بعد ما عرسها وبت فعلى قول أبي يوسف رحمه الله يجوز التعجيل قبل ظهور الطلع، وعلى قول محمد رحمه الله لا يجوز إلا بعد خروج الطلع^(٢).

(١٣٠٨) وذكر في المنقى: رجل عجل خراج أرضه ثم غرقت الأرض في تلك السنة، قال يردّ عليه ما أدى من خراجها؛ لأنه لم يسلم له الخارج في هذه السنة لا حقيقة ولا اعتباراً، ولم يجب عليه الخراج كما في الزكاة، وإن ررعها في السنة الثانية حسب له؛ لأنه وجب للإمام عليه في هذه السنة مثل ما له على الإمام، فيلتقيان قصاصاً^(٣).

١ - الفتاوى الهدية نقلاً عن شرح الطحاوي ١/١٨٦.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٢٥٤-٢٥٥.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٣٤.

(١٣٠٩) وعن محمد رحمه الله في رجل أعطى حراج أرصه
لستين، ثم غلب عليها الماء، وصارت دجلة، قال: يردّ عليه إذا كان قائماً
بعينه وإذا صرفه إلى المقاتلة، فلا شيء عليه^(١).

[أوان وجوب الحراج]

(١٣١٠) وأما أوان وجوب الحراج، قال أبو حنيفة رحمه الله أوان
وجوب الحراج أول السنة؛ لكن يشترط بقاء الأرض النامية في يده سنة إما
حقيقة أو اعتساراً، والاستيفاء في آخر الحول بطريق التخفيف والتعجيل.
(١٣١١) ذكر في كتاب العشر والحراج: يسعى للإمام أن يؤتي
الحراج رجلاً يرفق بالناس، ويعدل عليهم في حراجهم، وأن يأخذ
بالحراج كلما خرجت غلته^(٢)، فيأخذهم بعد ذلك حتى يستوفي تمام
الحراج في آخر العلة، وأراد بهذا أن يؤدي الحراج على قدر العلة، حتى أن
الأرض إذا كانت تررع علة الربيع وعلة الخريف، فمعد حصول علة
الربيع وعلة الخريف يطر المتولّي كم تعلّ هذه الأرض علة الخريف
بطريق الحرر والطر، فإن وقع عنده أهما تعل مثل علة الربيع، فإنه
يصفّ الحراج، ويأخذ نصف الحراج من علة الربيع، ويؤخّر النصف
إلى علة الخريف، وكذلك يفعل في بقول، يطر: إن كان مما يحسّر
خمسة مرات يأخذ من كل مرة خمس الحراج، وإن كان مما يحسّر أربع
مرات يأخذ من كل مرة ربع الحراج، وعلى هذا القياس فافهم.

١ - المتناوى التاتارخانية ٤٣٤/٥.

٢ - كتاب السير والحراج والعشر ٢٥٣.

بيان المسائل المتفرقة

(١٣١٢) وأما المسائل المتفرقة: قال في كتاب العشر والخراج: إذا كان للرجل أرض خراج لا يسعه أن يأكل منها حتى يؤدي خراجها، قال بعض مشايخنا رحمهم الله: هذا إذا كان الخراج خراج مقاسمة، لأن الواجب في خراج المقاسمة جزء من الخارج على ما ذكرناه آنفاً، وحق مصارف الخراج في خراج المقاسمة متعلق بكل جزء من أجزاء الخارج فلا يحل له التناول قبل إيصال الحق إليهم. أما إذا كان الخراج خراج وطيعة يسعه ذلك؛ لأن خراج الوطيعة لا تعلق له بالحل؛ لأنه يجب في الدمة، فكان الخراج حق صاحب الأرض على الخلو، فيحل له التناول، وبعضهم قالوا: إن كان الخراج خراج الوطيعة، فالجواب كذلك أيضاً، لأن للسلطان حق حصة أرض الخراج حتى يأخذ الخراج، وفي حل التناول إبطال حق حصة السلطان^(١).

قال^(٢): السلطان إذا جعل خراج الأرض لصاحب الأرض، وثركه عليه جار في قول أبي يوسف رحمه الله، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه لا يجوز، قال قاضي القضاة رحمه الله: الفتوى على

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٥/٥ - ٤٣٦.

٢ - هذه المسائل قد ذكرها المصنف قبل هذا، فهد إلى قوله: "وإن تصدق بعد الطلب لا يخرج عن المهنة تكرار".

قول أبي يوسف رحمه الله إذا كان صاحب الأرض من أهل مصرف الخراج^(١).

ودكر في السير الكبير. السلطان إذا وهب لرجل خراج أرضه لا يبيع له أن يقل؛ لأنه حق الجماعة وليس له إبطال حقهم بغير رضاهم، فإن كان مصرفاً كان له أن يقل، ولو جعل العشر لصاحب الأرض لا يجوز في قولهم جميعاً^(٢).

قال السلطان إذا لم يطلب الخراج ممن يعم أنه ليس محل لنصرف الخراج إليه، كان على صاحب الأرض أن يتصدق به، أو يحقر عارياً حتى يخرج عن العهدة، وإن تصدق بعد الطلب، لا يخرج عن العهدة^(٣).

(١٣١٣) السلطان الخائر إذا أخذ خراج الأراضي حرج صاحب الأراضي عن العهدة، هكذا ذكر في فتاوى الشيخ الإمام العقيي أبي الليث رحمه الله، وذكر في فتاوى أهل سمرقند لو طلب السلطان الخراج وتصدق من غله بعينه لا يحريه^(٤).

ودكر الشيخ الإمام العقيي أبو الليث رحمه الله في فتاواه قرية خراج أراضيها على التفاوت، طلب من نقل خراج أرضه، تسوية خراج أراضي القرية، قال الشيخ الإمام العقيي أبو القاسم رحمه الله إذا لم يعرف

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٤/٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٥/٥.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٦/٥.

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٦/٥.

ابتداء وضع الخراج على هذه القرية أنه كان على التساوي أو على التماوت، يترك على حاله، وذكر في فتاوى أهل سمرقند: صيغة لرجل بعضها كروم، وبعضها قراح^(١)، فاشترى قوم الكروم، واشترى قوم أرض القراح، فإن كان حصة الكروم من الخراج معلوماً من الابتداء ينسب الحكم عليه، وإن كان لا يعلم، فإن كان الكروم كرمًا يعرف^(٢) إلا وهو كرم، والقراح كذلك كان على الكروم خراج الكروم، وعلى القراح خراج القراح، وإن كان موضع الكروم قراحاً في الأصل، ثم جعل كرمًا قُسم الخراج على الأرض القراح، كان الكل كذلك

(١٣١٤) قال ولو نوالى على المسلم خراج الأرض سببين، فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله. يؤخذ بجميع ما مضى، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يؤخذ إلا بخراج السنة التي هو فيها، والاختلاف في هذا

١ - القراح من الأرض كل قطعة على حاما ليس فيها شجر ولا شائب بسبيح (المعرب/٣٧٦)

٢ - وقد حكى في الفتاوى التاتارخانية هذه العارة "وفي فتاوى أهل سمرقند صيغة لرجل بعضها كرم، وبعضها قراح، فاشترى قوم الكرم، واشترى قوم القراح، فإن كان حصة الكرم من الخراج معلومةً من الابتداء وحصة القراح كذلك يبي الحكم عليه، وإن كان الخراج يؤخذ حصةً، ولا تنعم حصة الكرم ولا حصة القراح من الابتداء، فإن كان الكرم كرمًا من الابتداء، وم يعرف إلا وهو كرم والأرض القراح كذلك، كان على الكرم خراج الكرم وعلى أرض القراح خراج الأرض القراح (فتاوى التاتارخانية ٤٣٧/٥)

نظير الاختلاف في الجزية، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح سير الصعير، وذكر صدر الإسلام رحمه الله في كتاب العشر والخراج عن أبي حبيبة رحمه الله في هذه المسألة روايتان، والصحيح أنه يؤخذ^(١).

(١٣١٥) وروى ابن المبارك عن أبي حبيبة رحمه الله: أن الخراج لا يسقط بموت من عليه الخراج^(٢).

(١٣١٦) والعشر يسقط، وعلى ظاهر الرواية: أن العشر يؤخذ من الورثة بعد وفاته، وعلى رواية ابن المبارك: "سوي بين الزكاة والعشر" وعلى ظاهر الرواية: "فرق بينهما".

ووجه الفرق: أن الزكاة إما تسقط لعجز الوارث عن أدائه لفوات شرط الأداء، وهو الية؛ فإنها عبادة محضة لا يتأدى بدون الية، فإذا عجز عن الأداء لفوات شرطه سقط، ولم يجب على الورثة الأداء، أما في العشر لم يعجز عن الأداء؛ لأنه يتأدى من غير من عليه الدين، ألا ترى أنه يجب في أرض الصبي، والمجنون، والوقف، فلم يكن يية من عليه شرطاً للأداء، فلم يعجز عن الأداء فلا يسقط عنه^(٣).

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٣/٥ - ٤٣٤.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٣/٥.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٣٣٩/٢.

بيان مسائل الجزية

وأما بيان مسائل الجزية: فبدأ أولاً ببيان وجوب الدعاء إلى الإسلام، وإعطاء الجزية، وقبول عقد الدمة، ثم بيان حوار ترك الحربي دخوله داراً، ثم بيان من يقلل منه الجزية ومن لا يقلل، ثم بيان ما يجب عليهم، ووقت وجوبه، ثم بيان أنه متى يصير الحربي دميّاً، ثم بيان ما يوجب سقوط الجزية عنهم، ثم بيان ما يفعل بهم بعد صرب الجزية وقبول الدمة، ثم بيان ما يجمع بين الحراح والجزية

[ووجوب الدعاء إلى الإسلام أو إلى إعطاء الجزية]

(١٣١٧) أما بيان وجوب الدعاء إلى الإسلام أو إلى قبول الجزية، قال محمد رحمه الله: إذا لقي المسلمون المشركين فإن كانوا قوماً لم يسعهم الإسلام، فليس لهم أن يقاتلوهم حتى يدعوههم إلى الإسلام، بقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾^(١) وبه أوصى رسول الله عليه السلام أمراء الخيوش^(٢)، ولأهم ربما يطؤون آناً يقاتلهم طمعاً في أموالهم، وسي درار بهم، ولو علموا آناً يقاتلهم على الدين، ربما أحابوا إلى ذلك من غير أن يقع الحاجة إلى القتال.

١ - [سورة الإسراء/١٥]

٢ - أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الجهاد والسير ١٧٣١، وأبو داود في سنه: كتاب الجهاد ٢٦١٢، وبدائع الصنائع ١٤٨/٧ - ١٥٠ وفتح القدير ٤٢٨/٥ - ٤٣٠.

وفي تقدم عرض الإسلام عليهم دعاء إلى سبيل الله تعالى بالحكمة
والموعظة الحسنة، فيجب البداية به إذا كان يطمع في إيمانهم.

وإن كان قد بلغهم الإسلام، ولكن لا يدرون أنا نقبل منهم
الحرية، فيسعي أن لا نقاتلهم حتى ندعوهم إلى إعطاء الحرية، وبه أمر
رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش^(١) وهو آخر ما ينتهي به القتال، قال
الله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾^(٢)، ولأن الدعاء
إلى إعطاء الحرية، مأمور به كالدعاء إلى الإسلام، إلا أن يكونوا قوماً لا
يقبل منهم الحرية، كالمرتذئين وعدة الأوثان من العرب^(٣).

(١٣١٨) وإن قاتلوهم قل الدعوة إلى الإسلام، أو إلى إعطاء
الحرية فصلوهم فلا شيء على المسلمين من دية ولا كفارة؛ لأهم قتلوهم
وهم أهل حرب، لا أمان لهم، فلا يجب في قتلهم شيء، كما لو أسر
المسلمون قوماً من المشركين، فأراد الإمام قتلهم، فقالوا: عس سلم، لم
يكن للإمام أن يقتلهم حتى يعرض عليهم الإسلام، فإن قتلهم قل ذلك لم
يكن عليه شيء في قتلهم، إلا أنه قد أساء فيما صبح، فكذلك ههنا^(٤).

١ - المصدر السابق.

٢ - [سورة التوبة / ٢٩]

٣ - انظر للمفصيل الفتاوى التنازحية، كتاب السير، الفصل الثاني في بيان
شروط جواز قتال الكفرة ٢٢٥/٥-٢٢٦.

٤ - الفتاوى التنازحية ٢٢٧/٥.

(١٣١٩) قال: ولو أن قوماً من أهل الحرب الديس لم يطلعهم الإسلام ولا الدعوة أتوا المسلمين في دارهم يقاتلوهم، فقاتلهم المسلمون بغير دعوة فقتلوا منهم، وسبوا وأخذوا أموالهم، يَحْتَس ذلك ويقسّم ما بقي بين من أصابه، بخلاف ما إذا كانوا يعززون في بلادهم؛ فإنه لا يسفي للمسلمين أن يقاتلوهم حتى يدعوه^(١).

(١٣٢٠) قال: ولو أن قوماً من مشركي العرب من عبدة الأوثان لم يطلعهم دعوة الإسلام، إلا أنهم قد سمعوا بالإسلام، ولم يدروا ما هو، فأغار عليهم المسلمون، فطهروا عليهم، يسعي للإمام أن يعرض عليهم الإسلام، فإن أسلموا خلّى سبيلهم؛ لأنهم وقعوا في أيدينا بغير قتال، ولا محاربة، ولم يوجد منهم إباء الإسلام، فإن أبوا أن يسلموا حبسوا في السجن إلى أن يسلموا، ولا يقتلون، لأنه لا وجه إلى أن يصرّب عليهم الجربة لقوله عليه السلام: "لا يجتمع في حريرة العرب ديهان"^(٢) ولا وجه إلى أن يقتلوا؛ لأنهم وقعوا في أيدينا لا على وجه المحاربة فكانوا بمنزلة المستأمنين، فإن ماتوا على الكفر صارت أموالهم موارث لورثتهم؛ لأنهم في حكم المستأمنين، وأموال المستأمنين ودراريهم لا يسبي ولا يستغنم.

١ - بدائع الصنائع ١٤٩/٧، كتاب السم وفتح القدير ٤٢٩/٥ - ٤٣٠.

٢ - رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب وذكره مرسلاً، قال ابن شهاب فمحص عمر رضي الله عنه عن ذلك حتى أتاه الثلج وانيقين عن النبي ﷺ هذا، انظر

للتعصيل تلخيص الحمر لاس حجر ١٢٤/٢، رقم الحديث ١٩١٥

فإن رأى الإمام حين أبوا الإسلام أن يقتل المقاتلة، ويقسم الأموال
فمعل، جار ما صنع؛ لأنهم وقعوا في أيدي المسلمين - وهم أهل حرب لا
أمان هم - قصداً فكان هذا موضع اجتهاد، فإذا فعل ذلك عس رأى
واجتهاد جاز ذلك.

(١٣٢١) وكذلك قوم من المرتدين لحقوا بساء مرتدات، فولد
هم أولاد، ثم مات المرتدون وبقي أولادهم على دينهم، لا يعرفون
الإسلام، لا ينبغي للمسلمين أن يقاتلوهم حتى يدعوهم إلى الإسلام؛
لأنهم لم يظهر منهم إباء الإسلام، فإن قاتلوهم بغير دعوة، وطهروا عليهم
عرض عليهم الإسلام، فإن أسلموا سلمت لهم أموالهم ودراريهم؛ لأنهم
غير راعيين عن الإسلام، وصار كما لو أسلموا قبل المسي والأخذ، فإن
أبو حبسوا؛ لأنه لا وجه لجعلهم دمة؛ لأنهم مرتدون، ولا وجه لقتلهم؛
لأنهم لم يصيبوا الإسلام بأنفسهم، فلا يقتلون على ردتهم.

وإن رأى الإمام قتلهم، وسبي دراريهم، وقسمه ما لهم، فمعل
جار؛ لأن الموضع موضع اجتهاد على ما قلنا؛ إنهم أهل حرب، لا أمان
لهم صريحاً.

وكذلك قوم من مشركي العرب من عبدة الأوثان دعاهم
المسلمون إلى الإسلام، فأبوا أن يقيموا إليه فقاتلوهم وحصروهم، فقالوا
للمسلمين: نزل على حكم الله تعالى فقالوا لهم انزلوا، فسزلوا، فإن
المسلمين يعرضون عليهم الإسلام، فإن أسلموا فلا سبيل عيهم، وإن أبوا

أُجبروا على الإسلام وحبسوا؛ لأنه لا وجه للقتل؛ لأنهم خرجوا على أمان، ولا وجه لصرب الجزية عليهم؛ لأنهم من مشركي العرب، ولا وجه لردّهم إلى حصصهم؛ لأنه ليس من حكم الله تعالى أن يتركوا ليعودوا إلى دار الحرب فلم يبق وجه إلا الحبس، فمن مات منهم ورث ماله ورثته؛ لأنهم في حكم المستأمنين.

(١٣٢٢) قال: ولو أن قوماً من المشركين كانوا في قاصية من الأرض لم يبلغهم الإسلام، ولم يدعهم المسلمون إليه، لا يسعى للمسلمين أن يقاتلوه حتى يدعوهم إلى الإسلام، فإن قاتلوه قبل أن يدعوهم فظفروا عليهم، فيسعى للإمام أن يعرض عليهم الإسلام، فإن أسلموا حلّى سبيلهم؛ لأنه طهرهم غير راعين عن الإسلام، وإن أبوا الإسلام جعلهم ذمّة، يؤدّون الخراج، لما قلنا: إن الإمام قاتلهم قبل الدعوة، والقتل حرام عليهم، فصاروا في عصمة وأمان فلا يعمون.

إن رأى الإمام قسمتهم، أو قتل مقاتلهم فعل ذلك، ثم رفع إلى حاكم آخر يرى ما يصح باطلاً أجاز ما صنع؛ لأن هذا موضع الاجتهاد فنقد حكمه، فلا ينقض بعد ذلك.

ثم لا يجب صمان من قتل منهم عبداً، وقال الشافعي رحمه الله: يصم ديات القتلى قبل الدعوة؛ لأنهم منسكون بدين بي من الأنبياء عليهم السلام، فهم مسلمون، والمسلم في عصمة وأمان، فيكون دمه مصمواً إلا أنا نقول: إنهم اعتقدوا ديناً باطلاً، واعتقاد الديس الباطل

كفرًا، فيكون كافرًا، فلا يجب بقتله شيء، ثم عبد الشافعي رحمه الله: يجب على القاتل مثل دية المسلم، وقال بعض أصحابه: مثل دية الكفاي، وقال بعضهم: يجب مثل دية المجوسي؛ لأنه أقل الديات.

[بيان جواز ترك الحربي دخوله دار الإسلام]

(١٣٢٣) وأما بيان جواز ترك الحربي دخوله دار الإسلام بالجرية، ثبت ذلك بفعل النبي عليه السلام على نصارى حمران، فإمام طلبوا من رسول الله عليه السلام وأجابهم رسول الله^(١) على ذلك وإجماع الصحابة رضوان الله عليهم بعده، إلا أنه يسمى للإمام أن لا يمكن الحربي من أن يطيل المكث؛ لأنه حينئذ يصير عوناً للكفرة عليها، فيقدر ما يقضي حوائجه يمكنه من المكث.

(١٣٢٤) ثم إذا دخل دارنا يسمى للإمام أن يتقدم^(٢) إليه في أول ما دخل، ويصرب له مدة على قدر ما يرى، ويقول له: إن جاورت المدة جعلتك دميًّا فإذا جاور المدة يصير دميًّا؛ لأنه رصي بذلك، فإذا مضت سنة بعد مصي المدة المصروبة، كان عليهم الخراج؛ لأنه إنما يصير دميًّا بمجاورة المدة المصروبة، فيعتبر الحول بعد ما صار دميًّا إلا أن يكون شرط عليه أنه إذا جاور السنة، يأخذ منه الخراج حينئذ يأخذ منه

١ - انظر تكملة الحديث نقلًا عن البيهقي في الجزء الأول من حياة الصحابة للشيخ يوسف الكاندهلوي ١/١٣٩-١٤٤.

٢ - وفي نسخة "ج" (يقتّم).

(١٣٢٥) قال: ولو قال له الإمام: إن أقمت سنة بعد يومك هذا
أخذ منك مائة درهم، ثم جعلتك بعد ذلك ذمياً أخذ منك في رأس كل
سنة اثني عشر درهماً، ثم أقام سنة بعد الصلح فإنه يأخذ منه مائة درهم؛
لأنه رضي بذلك حين أقام سنة، فيصير ما يؤخذ منه أجراً لسكاه في
دارنا في تلك السنة.

ويظهر ذلك: رجل أجر داراً له شهراً، وقال له قبل مضي الشهر:
لا تقبض في داري من الشهر الداخل شيئاً وأشهد عليه "أنه إن أقام الشهر
الداخل، فأجر الدار عليه عشرون درهماً"؛ وأقام الشهر الداخل كان عليه
عشرون درهماً؛ لأنه رضي بهذا الشرط.

فكذا خراج الرأس؛ لأنه رضي بالشرط حيث أقام سنة.
وقد اشترع أصحابنا رحمهم الله من هذه المسألة مسألة أخرى،
وقالوا جميعاً: لو أن رجلاً عصب داراً من رجل، فأراد المعصوب منه
تحويل العاصب حتى يردّ الدار إليه، فيقول له: إن كنت رددت الدار إليّ
وإلا أخذ منك كل شهر ألف درهم، فإن المعصوب منه يستوجب هذا
الأجر المسمى على العاصب إذا أقام العاصب بعد هذا التقدم إليه.

(١٣٢٦) قال: فإن طال مكث الحربي في دارنا، والإمام لا يعلم
بذلك، ثم علم، فإنه يسمى له أن يحرقه أنه إن أقام السنة من يوم يقدم
إليه، أخذ منه الخراج، فإن رجع قبل تمام السنة، فلا شيء عليه، وإن
أقام حتى تمت السنة، أخذ الإمام منه خراج رأسه، وجعله ذمياً، فإذا

صار ذمياً لا يحل لنا أن نأخذ شيئاً من أموالهم إلا بطيب أنفسهم؛ لأن ذلك العهد في حرمة التعرض للأموال والنفوس بمنزلة الإسلام، فكما لا يحلّ شيء من أموال المسلمين إلا بطيب أنفسهم، فكذا من أموال المعاهدين.

[بيان من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل]

(١٣٢٧) وأما بيان من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل، قال: الجزية تقبل من جميع أهل الكتاب بلا خلاف، سواء كانوا من العرب أو من العجم؛ لأنه أحد ما ينتهي به القتال، فلا تقبل من مشركي العرب من عبدة الأوثان، والمرتدين بلا خلاف؛ لأن كفرهما قد تعلّق، وأما مشركو العرب فلأن النبي عليه السلام نشأ بين أظهرهم، والقرآن نزل بلغتهم، وأما المرتد فلائنه كفر برّبّه بعد ما هدي الإسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف، ويقبل من مشركي العجم من عبدة الأوثان عدناً، ومن المجوس بلا خلاف، فهذه المسائل تعرف في كتاب السير^(١).

[بيان ما يجب على أهل الذمة]

(١٣٢٨) وأما بيان ما يجب عليهم، قال: أهل الذمة في حق ما يجب عليهم أنواع ثلاثة: التغليي، والحراي من الصاري، وسائر أهل الذمة. أما التغليي: فالواجب عليه الصدقة المضاعفة اتباعاً لصلح عمر

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٣٩/٥ وفتح القدير ٤٢٨/٥ - ٤٣٠.

رصى الله عنه معهم^(١)، وأما الجرائي: فالواجب عليهم الخلل اتباعاً
لصلح^(٢) رسول الله عليه السلام^(٣).

وأما سائر أهل الدمة: فالواجب على المعتمل منهم الحرية عسى
الترتيب الذي نبين بعد هذا.

وتكلموا في معنى المعتمل، والصحيح من معناه: الذي يقدر على
العمل، وإن لم يحس حرفة، وإنما خصصنا القادر على العمل بإيجاب الحرية؛
لأن الحرية لا تحب إلا على المقاتلين، ولهذا لا تحب على المقعد والأعمى،
والشبح الكبير الذي لا يستطيع الكسب، ولا يحب على السواول،
والصبيان، والعبيد، والمكاتبين، والمدبرين؛ لأن القادر على العمل قادر
على الحرب^(٤).

(١٣٢٩) ثم القادر على العمل إن كان معسراً فعليه اثنا عشر
درهماً، وإن كان وسط الحال، فعليه أربعة وعشرون درهماً، وإن كان عيباً

١ - انظر موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضى الله عنه ٢٣٦.

٢ - بعض حديث نقله عن البيهقي: "بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما كتب النبي
محمد رسول الله لسجرات إن كان عليهم حكمه في كل ثمرة وفي كل
صفراء وبياض وسوداء ورقين فاصل عليهم وبرك ذلك كله لهم عني أنمي
حلة في كل رجب ألف حلة وفي كل ألف حلة (حياة صحابة
للكامنهلوي ١/١٤٢).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٤٠/٥.

٤ - الفتاوى اصدية ٢٤٤/٢-٢٤٥؛ ومجمع الأهرار في شرح ملتقى الأبحر
١/٦٦٩؛ وكتاب الخراج لأبي يوسف ١٢٢-١٢٤.

فعليه ثمانية وأربعون درهماً، وقال الشافعي رحمه الله: على كل حال دينار أو ما يعادل الديار، والعبي والعقير في ذلك سواء؛ لأن الخزنة إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر، كالدراري والسنوان، وهذا المعنى يتطعم العبي والعقير، ومنه ما مقلول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم أجمعين^(١)، ولم يكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار فحل محل الإجماع^(٢)

(١٣٣٠) ونكلم العلماء في معرفة العبي، والعقير، والوسط؛ حكى عن عيسى بن أبان رحمه الله أنه قال: العقير من لا يملك مائتي درهم والوسط: من يملك مائتي درهم فصاعداً إلى عشرة آلاف درهم، والعبي: من يملك أكثر من عشرة آلاف درهم إلى ما لا يتأهى. ومن المشايخ من قال: من لا يد له من الكسب لإصلاح معيشة فهو فقير، وإنما يؤخذ منه اثنا عشر درهماً إن كان يفضل من كسبه شيء.

١ - موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه / ٢٤٠؛ وموسوعة فقه علي بن أبي طالب / ١٦٩؛ وموسوعة فقه عثمان بن عفان / ٩٥؛ وكتاب الخراج ليجي بن آدم الفرشي / ٧٠؛ ومصنف عبد الرزاق بطرق شتى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، رقم الحديث ١٠١٢٨ و ١٩٢٧٦، ١٠٠/٦ و ٣٣٣/١. وأخرجه أبو عبيد في الأموال ص ٦٨، والبيهقي ١٣٦/٩ من طريق ابن أبي عروبة عن قتادة.

٢ - المساوي التاتارخانية ٤٤٠/٥؛ ومجمع الأعر في شرح ملتقى الأعر ٦٧٠/١

عن قوته وقوت عياله، أما إذا كان لا يفصل، لا يؤخذ منه، هكذا ذكر
في النوادر عن محمد رحمه الله .

وأما الوسط: هو الذي له مال إلا أن ذلك المال لا يكفيه مدة
عمره، فيحتاج إلى العمل في بعض الأوقات^(١)
وأما العني. هو الذي له مال يكفيه لعمره من غير أن يعمل فيه
لكثرة أمواله وغلاته^(٢).

(١٣٣١) وقال الشيخ الإمام العفقيه أبو جعفر رحمه الله: هذا
يختلف باختلاف البلدان والأمصار، فمن عدّه الناس في بلدهم فقيراً، أو
وسطاً، أو عانياً فهو كذلك وهو الأصح^(٣).

(١٣٣٢) وتؤخذ الحرية من قسّيسهم ورهبانهم، هكذا ذكر في
كتاب العشر والحراج، وذكر في آخر السمر الكبير أن عبد أبي حبيبة
رحمه الله يؤخذ منهم الحرية، وعندهما لا تؤخذ^(٤).

(١٣٣٣) وذكر محمد عن أبي حبيبة رحمه الله: أن الحرية
توضع على الرهائن الذين لا يحالطون الناس إذا كانوا يقدرون على

١ - الفتاوى اصدية ٢/٢٤٤؛ وفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤١

٢ - المصدر السابق.

٣ - المصدر السابق؛ وجمع الأهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٦٧٠.

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٢، بدر ملتقى في شرح الملتقى بهامش مجمع الأهر
في شرح الملتقى الابحر ١/٦٧٢.

العمل، وهو قول أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه صيغ القدرة على العمل
فصار كتمطيل الأرض الخراجية^(١).

[بيان وقت وجوب الجزية]

(١٣٣٤) وأما بيان وقت وجوب الجزية قال الجزية تجب أول
الحول عددا حتى كان للإمام أن يطالبه بالجزية متى قبل عقد الدمة،
والاستيعاء في آخر الحول بطريق التخصيف والتأجيل عند أبي حنيفة رحمه
الله، فتؤخذ في آخر الحول قبل دخول الحول الثاني، وعن أبي يوسف
رحمه الله أنه قال تؤخذ في كل شهرين بقسط ذلك، وفي المنتقى عن أبي
يوسف رحمه الله يعامل على الجزية كالصربية كلما مضى شهران أحد
منه شيء، ولا يؤخذ منه جميع ذلك حتى يتم السنة، وعن محمد رحمه الله
يؤخذ في كل شهر بقسطه^(٢).

(١٣٣٥) وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف رحمه الله. إذا

احتسب العلام من أهل الدمة في أول السنة قبل أن يوضع الجزية على
رؤوس الرجال وهو موسم، وضع عليه الجزية، وإن أسلم بعد ما وضعت

١ - بدر المستنقى في شرح المنتقى بهامش مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر
٦٧٢/١.

٢ - الفتاوى الهندية ٢/٢٤٤ والفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٣-٤٤٤؛ ومجمع الأثر
في شرح ملتقى الأبحر ١/١٧٢.

الجزية على رؤوس الرجال لم تؤخذ عنه لتلك السنة، وهذا بناءً على أن وجوب الجزية وتوظيفها في أول السنة عندنا، مراعى أهلية التوظيف في تلك الحالة^(١).

(١٣٣٦) وعلى هذا، المحبون يفتق، والمملوك يعتق، والحربي إذا صار ذمة في أول السنة أو آخرها^(٢).

وفي المنتقى: قال أبو يوسف رحمه الله: إذا أعمى عليه أو أصابته زمانة وهو موسر، أخذت منه الجزية^(٣).

قال الشيخ الإمام الحاكم أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف رواية الأصل، فإن على رواية الأصل - شرط أخذ الجزية أهلية الوجوب من أول الحول إلى آخره، وعلى رواية هذا الكتاب - شرط أخذ الجزية أهلية الوجوب في أول الحول^(٤).

١ - الفتاوى الهندية ٢/٢٤٥؛ والفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٤.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٤.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٤.

٤ - الفتاوى الهندية ٢/٢٤٦؛ والفتاوى التاتارخانية ٥/٤٤٤.

بيان ما يوجب سقوط الجزية

(١٣٣٧) وأما بيان ما يوجب سقوط الجزية: قال: الكافر إذا أسلم وهو من دار المودعة، فإن خراج الرأس يسقط عنه سواء أقام بأرضه أو هاجر إليها، وقال بعض العلماء رحمهم الله: لا يسقط وإن أسلم، ما لم يهاجر إليها^(١) وهكذا روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله^(٢).

(١٣٣٨) وخراج الأرض لا يسقط وإن أسلم^(٣).

(١٣٣٩) وإن مات الدمي بعد تمام السنة، أو بعد مضي بعض السنة، لا يؤخذ من تركه؛ لأنها وجبت عقوبة على الكفر، وعقوبة الكفر تسقط بالموت؛ لأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت^(٤).

(١٣٤٠) وفي المنتقى عن محمد رحمه الله: نصراي عجل خراج رأسه لسنين ثم أسلم، قال: يرد إليه خراج سنة، وإن أدى خراج سنة، ثم أسلم في أول السنة لم يرد إليه^(٥).

(١٣٤١) قال محمد رحمه الله في كتاب العشر والخراج: من لم يؤخذ منه خراج رأسه على ما وظف حتى جاءت سنة أخرى، فلا يؤخذ

١ - الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٥٨٩/٣.

٢ - اطر لترجمه المجلد الثاني / ١٣٥، رقم الفقرة ٦٨٩.

٣ - الفتاوى الهندية وقال: كذا في الهداية ٢٤٠/٢.

٤ - منتقى الأبحر ومجمع الأثر ٦٧٢/١ - ٦٧٣.

٥ - الفتاوى التاتارخانية ٤٤٤/٥.

لما مضى، وذكر في الجامع الصغير: من لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ عد أبي حنيفة رحمه الله، وعدهما يؤخذ^(١).

وإذا صار مقعداً أو شيخاً كبيراً لا يقدر على العمل لا يؤخذ لما مضى بالاتفاق^(٢).

وقيل: خراج الأرض على هذا الخلاف.

وقيل: لا تداعل فيه بالاتفاق.

وما ذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير: وجاءت سنة أخرى، حمل بعض المشايخ رحمهم الله على المضي بخاراً، وقال: الوجوب بآخر السنة، فلا بد من المضي ليحقق الاجتماع^(٣)، وعد البعض: هو يجري على حقيقته والوجوب عد أبي حنيفة رحمه الله بأول الحول على ما ذكرنا فتحقق الاجتماع بمجرد المجيء، والأصح أن الوجوب عدداً في ابتداء الحول، وعد الشافعي رحمه الله في آخره اعتباراً بالركاة^(٤).

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٤٥/٥، ومجمع الأحرار ١/٦٧٢-٦٧٣

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٤٥/٥.

٣ - وفي نسخة "ج" (الإجماع).

٤ - انظر للتفصيل: مجمع الأحرار وملتنقى الأحرار ١/٦٧٢-٦٧٣، والفتاوى التاتارخانية ٤٤٣/٥-٤٤٤.

بيان متى يصير الحرير ذمياً

وأما بيان أنه متى يصير الحرير ذمياً:

(١٣٤٢) قال: حريرة دخلت داراً بأمان، فتزوجها دميّ أو مسلم، فإن كانت كتابية تصير ذمّية، لأنها تبع للسروح في المقام، فلا يمكنها العود إلى دار الحرب فتصير ذمّية؛ لأن الدميّ هو الكافر الموطر في دار الإسلام، وقال الشافعي رحمه الله: لا تصير ذمّية؛ لأن الكاح عقد معاوضة كسائر العقود، فلو دخل حرير داراً بأمان فتزوج ذمّية لا يصير ذمياً؛ لأن الروح لا يتبع المرأة في المقام، فلم يكن ملتزماً للمقام ههنا، وإن كان لا يمكن من نقل المرأة إلى دار الحرب^(١)

(١٣٤٣) قال: حرير دخل داراً بأمان، فاشتري أرض عشر أو خراج لا يصير ذمياً، حتى يررعها فيؤخذ منه عشر أو خراج، فإذا أخذ منه خراج صار ذمياً وبوضع عليه خراج رأسه، ولم يترك أن يخرج إلى داره؛ لأن عشر الخراج وخراج الأرض حكم من أحكام المسلمين، فلما وضع على المستأمن خراج في أرضه يُعدّ من أهل دار الإسلام، وإذا صار من أهل دار الإسلام كان ذمياً، وقال بعض العلماء رحمهم الله: بنفس الشراء يصير ذمياً؛ لأن شري الأرض للقرار، فصار بالشراء راصباً

١ - الفتاوى الهدية نقلًا عن السراج الوهاج ٢/٢٣؛ والفتاوى التاتارخانية ٣٦٤/٥.

بالمقام في دارنا إلا أنا نقول: الشراء قد يكون للتجارة، وقد يكون للزراعة، فلا يصير راصياً بالمقام في دارنا ما لم يزرع، فيؤحسد منه الخراج، ألا ترى! أنه لو تزوج دمية في دارنا لا يصير دميّاً وإن كان التزوّج للقرار.

(١٣٤٤) قال في الكتاب: إذا وضع عليه الخراج كان دميّاً، قال بعض العلماء: إما يكون كذلك إذا تبيّن على ذلك وتبيّن له أنا يأخذ منك خراج أرضك إن لم نعمها، ولم ترجع إلى بلادك، ومنهم من قال: معنى قوله: إذا وضع عليه الخراج، أي إذا وضع عليه الخراج وطولب به صار دميّاً؛ لأن كونه دميّاً إما يتفرّع عن خراج أرضه فما لم يحب الحسق في أرضه لم يتفرّع عنه ضرورته دميّاً^(١).

(١٣٤٥) قال: ولو استأجر الحربيّ أرضاً من أرض الخراج، وورعها وأدى أجرها إلى الذي استأجرها منه، وأخذ الخراج من صاحبها، لم يكس الحربيّ دميّاً بالزراعة؛ لأنه لم يجر عليه حكم من أحكام الإسلام؛ لأنه لم يؤخذ منه الخراج^(٢).

ولو أن حربياً استأجر من رجل أرضاً، خراجها المقاسمة ورأى الإمام أن يأخذ الخراج من المستأمن يصير دميّاً بالاتفاق، أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلا يشكّل؛ لأن الخراج عندهما يجب على المستأجر والحربيّ هو المستأجر، وأما عبد أبي حنيفة رحمه الله: وإن كان

١ - الفتاوى التاتارخانة ٣٦٢/٥؛ والفتاوى الهندية ٢٣٥/٢

٢ - الفتاوى الهندية ٢٣٥/٢.

الخراج على رب الأرض، لكن لما حكم به الإمام على المستأجر وأحد من الخارج فقد قصى في موضع مجتهد فيه فعد قصاؤه وصار دميّاً بالاتفاق^(١).

(١٣٤٦) قال: ولو اشترى الحرّيّ المستأمن أرضاً من أراضي الخراج، وخراجها مقاسمة النصف أو الثلث، فأجرها من رجل من المسلمين، أو من أهل الدمة لبررعتها بديره، فأخرجت طعاماً فأخذ الإمام من المستأجر نصف ما أخرجت، ورأى الإمام أن ذلك على المزارع، فإن الحرّي لا يصير دميّاً لأن الخراج لم يحس عليه في أرضه، وإنما أحد من غيره، ولو كان الذي استأجرها منه حرّيّاً مستأمناً، صار المستأجر دميّاً لأنه جرى عليه الحكم في زرعه^(٢).

(١٣٤٧) ولو لم يؤجرها الحرّيّ ولكنه أعارها، فإن كان الخراج خراج مقاسمة، لا يصير الحرّيّ المعير به دميّاً؛ لأن الخراج كان في السرّع في قولهم جميعاً، فلم يؤخذ الحق من مال الحرّيّ، وإن كان الخراج دراهم يصير الحرّيّ المعير دميّاً؛ لأن الخراج على الحرّيّ المعير.

(١٣٤٨) ولو عصها إتياء عاصب، فزرعها، وخراجها المقاسمة، فأخرجت ررعاً كثيراً، فإن كانت الرّاعة لم تنقص شيئاً، فالخراج يؤخذ من الخارج في قولهم جميعاً؛ لأن خراج المقاسمة بمنزلة العشر، والعشر على

١ - الفتاوى الهندية ٢/٢٣٥

٢ - الفتاوى الهندية ٢/٢٣٥.

العاصب، فلا يصير صاحبها المستأمن دميًّا؛ لأن الحق لم يجيب عليه في أرضه، وإن كانت الرراعة نقصت الأرض فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله^(١) لا يصير دميًّا؛ لأن على قوله يؤخذ الخراج من الخارج والنقصان لرب الأرض، وإن كان خراجها دراهم فاغتصبها معتصب حررعها، ولم ينقصها الزرع شيئاً، لم يصير صاحبها المستأمن دميًّا؛ لأن خراجها على العاصب، ولم يجر على المستأمن الحربي حكم من أحكام المسلمين.

فإن كان الررع نقصها شيئاً نُظر: إن كان النقصان مثل الخراج أو أكثر، يصير صاحبها المستأمن دميًّا؛ لأن المستأمن يأخذ ذلك النقصان ويؤدّي منه الخراج، فيكون الفصل له إن كان، وإن كان النقصان أقلّ من الخراج يصير دميًّا، لأنه جرى عليه حكم من أحكام المسلمين.

وذكر أبو يوسف رحمه الله في مراعاة الكبير: أن على قسول أبي حنيفة رحمه الله يؤخذ الخراج كله من المعتصب منه، قلّ النقصان أو كثر، وذكر في مراعاة الصغير: وأنت الجواب أن على قول أبي حنيفة رحمه الله الخراج كله على رب الأرض؛ لأنه أحد من منافع أرضه بدلاً فصار كأنه آجر أرضه بما أحد، ولو آجر أرضه كان الخراج عليه، وفوت الأجرة بالخراج أو لم تف، فكذلك ههنا^(٢).

١ - وفي نسخة "ب" و"ح" لم يذكر أبو حنيفة رحمه الله وقال فعلى قول محمد رحمه الله

٢ - العاوى اهدية ٢/٢٣٩ والعاوى الخاتمة على هامش اهدية ٣/٥٩٢

ثم إذا أخذ جميع الخراج من الحرير المعصوب منه أو بعصه يصير
دمياً؛ لأن حكم المسلمين كما جرى عليه بأحد كله، جرى عليه بأحد
بعصه.

(١٣٤٩) ولو ررعها الحرير المستأنس أو العاصب أو المستأجر أو
المستعير فأصاب ررعها آفة لم يصير المستأنس صاحب الأرض دميّاً؛ لأنه لم
يحب عليه في أرضه خراج تلك السنة فلم يصير من أهل دارها.
(١٣٥٠) قال: ولو أن مستأناً فيها اشترى أرضاً خراجيّة، فجاء
مستحقّ، واستحقها بالية وأدّى خراجها سنة أو مستتين، ثم وجد
القاضي الشهود عبيداً وردّ الأرض على المستأنس، لم يكن هو دميّاً؛ لأنه
إنما يصير المستأنس دميّاً إذا وجب عليه الخراج، ولم يحب عليه ههنا؛ لأن
وجوب الخراج باعتبار التمكن من الانتفاع، ولم يتمكن، وكذلك لو
عصها إتياء سلطان لا يقاومه المستأنس، ولو عصها من يتمكن المستأنس
من إثبات حقه عليه بالحجة، فلم يفعل، فإن كان العاصب ررعها،
فالمستأنس لا يكون دميّاً؛ لأن الخراج على العاصب إذا ررعها، وإن كان
العاصب لم يررعها فقد صار المستأنس دميّاً؛ لأنه كان متمكناً من
اسردها والانتفاع بها فإلزمه خراجها، وإذا لزمه خراجها كان دميّاً وهو
محرّلة ما لو عرقها ماء، وقد كان المستأنس متمكناً من أن يختار لذلك فلم
يفعل، حتى مضت السنة فعليه خراجها وكان دميّاً للمعنى الذي قلنا، ولو

لم يزرع العاصب الأرض حتى ردها بعد مضي السنة لم يكن الحرثي ذمياً، لأنه لا يلزمه خراجها^(١).

قال: ولو كان العاصب حرثياً مثل صاحب الأرض فزرعها، فنقصتها الزراعة، فالعاصب ضامن لنقصان الأرض، ثم إن كان الخراج مثل النقصان أو أقل، فصاحب الأرض يصير ذمياً دون الزارع؛ لأن الخراج على صاحب الأرض ههنا، وإن كان أقل من الخارج فقد صار ذمياً؛ لأن قدر النقصان من الخراج على رب الأرض والفصل على الزارع فقد وجب على كل واحد منهما بعض الخراج، ولو كانت الأرض لم تنقصها الزراعة، فالعاصب يصير ذمياً، دون صاحب الأرض؛ لأن الخراج ههنا على العاصب كله^(٢).

ولو عطلها العاصب ولم يزرعها، فإن كان صاحب الأرض يتمكن استردادها بالحنة ولم يفعل، كان الخراج عليه، وصار ذمياً، وإن كان لا يتمكن من ذلك، فلا خراج على واحد منهما، وهما حرثيان على حالهما.

(١٣٥١) قال: ولو أن المستأمن اشترى أرضاً عشرية فقد صارت حراجية في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف رحمه الله: يوحد منه العشر مصاعماً، وفي قول محمد رحمه الله: هي عشرية على

١ - الفتاوى الهندية ٢/٢٣٩.

٢ - الفتاوى الهندية ٢/٢٣٩.

حالتها، فإذا ررعها أو تمكّن من رراعنها كان دميّاً في قول أبي حنيفة رحمه الله، لأنه لزمه الحراج في الوجهين، وفي قول محمد رحمه الله: إن ررعها كان دميّاً، لأن العشر مؤنة الأرض النامية كالحراج؛ ولكن لا يجب إلا محصول الحراج حقيقة، وما لم يلزمه ما يجب في الأراضي في دار الإسلام لا يصير دميّاً، وإن باعها الحربيّ قبل أن يجب فيها الحراج لا يتحول عس ذلك، هكذا ذكر في السور الكبير.

وذكر في رواية أخرى كان على المشتري العشر دون الحراج، فالوجه هذه الرواية أن الكافر يملكها حين اشتراها فصارت حراجيّة بتمكّنه إياها، وقد باعها وهي حراجيّة، والمسلم متى اشترى من كافر أرضاً حراجيّة بقيت حراجيّة، ووجه الرواية الأخرى وهو أنه ما باعها قبل وجوب الحراج فيها، لم يؤخذ من الأرض حق عمر العشر، فدامت عشريّة كما كانت، ولا يعتبر ما اعترض فيها من ملك الكافر، والحربيّ لا يكون دميّاً لأن الأرض وإن كانت، صارت حراجيّة، لا يصير صاحبها دميّاً ما لم يجر عليه حكم من أحكام المسلمين، فكان هذا بمنزله حربيّ في دار الحرب، وكلّ مسلماً أن يشتري له أرضاً من أرض العشر في دار الإسلام، فاشترها، صارت حراجيّة في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يصّر^(١) صاحبها دميّاً وإن صارت الأرض حراجيّة، لما أنه لم يجر على صاحبها حكم من أحكام المسلمين، كذلك ههنا.

١ - هكذا في نسخة "ب" وأما في نسخة "أ" (يصير بدون حرف الباء، فهو خطأ).

قال: ولو أن هذا المستأمن الذي اشترى أرضاً عشرةً أجرها،
 فعند أبي حنيفة رحمه الله صارت الأرض حراجةً، وإخراج يجب على
 صاحب الأرض، فيصير به دميّاً، وفي قول محمد رحمه الله: لا يصير
 صاحب الأرض دميّاً؛ لأن العشر في الحراج على المستأجر، وإن كان
 المستأجر حربياً فالمستأجر عنه يصير دميّاً؛ لأنه قد لزمه عشرها.

(١٣٥٢) ثم فرق محمد رحمه الله بين العشر الذي يجب على
 المستأمن في الحراج من أرضه، وبين العشر الذي يأخذه العاشر من الحربي
 المستأمن الذي يمر به عليه، فقال: باعتبار ذلك العشر لا يصير دميّاً، وإذا
 أخذ العشر من أرضه يصير دميّاً، ووجه الفرق. وهو أن الحربي إذا مرَّ
 على العاشر لا يؤخذ منه مثل ما يؤخذ من المسلم أو الدمي، فإن العاشر
 يأخذ من الحربي عشر ما يمر به، ويأخذ من الدمي نصف العشر، ومن
 المسلم ربع العشر، فإذا لم يؤخذ منه مثل ما يؤخذ من المسلم لم يصير هو
 من أهل دار الإسلام، ألا ترى أنه يؤخذ منه مراراً في يوم واحد متى عاد
 في كل مرة إلى داره، ثم رجع إلى دار الإسلام، فإذا لم يصير بمنزلة من هو
 من أهل دار الإسلام لم يصير دميّاً، أما ههنا يؤخذ من طعامه من العشر
 مثل ما يؤخذ من طعام المسلمين، فلا يؤخذ منه إلا مرة واحدة كما لا
 يؤخذ من المسلم إلا مرة واحدة على أن العشر مأخوذ من الحربي بطريق
 محدد، وهذا لو لم يأخذوا من حاربنا شيئاً، لا يأخذ من تحاربهم شيئاً،

وهذا العشر مأخوذ بطريق مؤنة الأرض السامية في دار الإسلام فكان كالحراج.

[بيان ما يفعل بأهل الذمة بعد صرب الجزية]

(١٣٥٣) وأما بيان ما يفعل بهم بعد صرب الجزية وقبول عقد الذمة، قال محمد رحمه الله في آخر الجامع الصغير. ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكسبجات والركوب على السرج، الذي كهيفة الألف ليقع التميز بينهم وبين المسلمين^(١).

قال في كتاب العشر والحراج. ويسمى أن لا يترك أحد من أهل الذمة أن يتشبه بالمسلمين في ملبوسه ولا في مركوبه ولا ريشه وهيبته، ويمنعون عن ركوب العرس إلا إذا وقعت الحاجة إلى ذلك، بأن استعان بهم الإمام في محاربة والدب عن المسلمين، وهكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في الميسوط، وذكر صدر الإسلام رحمه الله: ويمنعون عن ركوب الأفراس الفاحرة إلا الكوادن، قال. شيخ الإسلام رحمه الله: لا يجمعون عن ركوب البعل، ولكن يجمعون من أن يصعوا على المركب سرجاً كسرج المسلمين، ويبغى أن يكون على قربوس سرجهم مثل الرمانة، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله في شرح كتاب العشر: لم يرد نقوله "على قربوس السرج مثل الرمانة" أن يكون مقدّم سرجهم مثل مقدّم سرجنا ثم يكون

١ العنّاوى اثنا عشر خاتمة ٤٤٥/٥؛ وجمع الأهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٦٧٤-

عليه رمانة، وإنما أراد أن يكون قربوس سرجهم مثل مقدم الإكاف وهو مثل الرمانة، وقال بعض مشايخنا رحمهم الله أراد به أن يكون سروجهم كسروج المسلمين، وعلى مقدمها شيء كالرمانة، والأول أصح^(١).

قال: ويمعون عن لس الرداء، والعمائم، والدراعة التي يلبسها علماء الإسلام، لما فيه من الازدراء بهم، ويسعى أن يمعوا أن يكون شركاء نعالهم كشركاء نعالنا ومكاعبهم كمكاعنا، وخعافهم كخعافنا، ويسعى أن يؤحنوا حتى يتحد كل إنسان منهم مثل المحيط العليط يعقد على وسطه، ويسعى أن يكون ذلك المحيط من القطر أو الصوف، ولا يكون من الإبريسم، ويسعى أن يكون عليطاً، ولا يكون رقيقاً، بحث لا يقع البصر إلا وأن يدقق الطر، قال شيخ الإسلام رحمه الله ويسعى أن يعقد على وسطه عقداً ولا يجعل حلقة يشده كما يشد المسدس المطقة، ولكن يعلقون على اليمين والشمال، ويسعى أن لا يتركوا أن يلبسوا أقبية مريئة وقمصاً مريئة، بل يلبسون أقبية خشنة، وقمصاً خشنة حيوبهم على صدورهم، كما يكون للسوان، وهذا كله إذا وقع الطهور عليهم^(٢).

(١٣٥٤) أما إذا وقع معهم الصلح على بعض هذه الأشياء،

فإنهم يتركون على ذلك، ثم اختلف المشايخ رحمهم الله أن المحاربة يسا

١ - الفتاوى التاتارخانية ٤٤٥/٥ ٤٤٦، ومجمع الأثر ١/٦٧٥، وبدائع الصائغ

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٤٤٦/٥، وبدائع الصائغ ٦٧٥/٧

ويشترط علامة واحدة أو علامتين أو بالثلاث، قال بعضهم: علامة واحدة، إما على الرأس كالقلسوة الطويلة المصروبة، أو على الوسط كالkestيج، أو على الرجل كالعل والمكعب على خلاف مكاعسا وعائنا، قال بعضهم: لا بد من الثلاث ومهم من قال: في النصارى يكفي علامة واحدة، وفي اليهود يحتاج إلى علامتين، وفي المجوس إلى ثلاث علامات، وإليه مال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله^(١).

قل شيخ الإسلام رحمه الله: والأحسن أن يكون في الكل ثلاث علامات، وكان لحاكم الإمام أبو محمد الكرمني يقول: إن صالحهم الإمام وأعطاهم الدمة بعلامة واحدة لا يزداد عليها، أما إذا فتح بلدة عوة وقهرها فللإمام أن يرميهم بالعلامات، وهو الصحيح.

وذكر شيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن أهل الدمة يسمعون عن إصهار بيع الحمر والخمار في أمصار المسلمين، ومن إدحاك ذلك في الأمصار على وجه الشهرة ولظهور^(٢)

وكذلك إن حصرهم عيد يرحلون فيه صليبه، يسمعون عن ذلك في ماء مصر؛ لأن ماء مصر كحوقه في حكم إقامة الجمعة والعيد على

١ - انظر ترجمته: المجلد الأول ٢١٢/١، رقم الفقرة ٢١٣

٢ - الصاوي التتارخانة ٤٤٧/٥ ٤٤٨، والفتاوى الهدية ٢٥٠/٢، وبدائع

الصلائق ١٦٩/٧

ما ذكر في نوادر أبي سليمان: أن الإمام إذا حربه أمر يوم الجمعة وحرح مع الناس إلى بعض أضية المصر، فله أن يصلي الجمعة بهم، وهم يجمعون عن إظهار ذلك في الموضع الذي يصلي فيه الجمعة كيلا يؤدي إلى صورة المعارضة بين المسلمين.

وإن أرادوا صرب الناقوس في خوف كائنهم القديمة م يجمعوا عن ذلك، ويجمعون خارجاً منها، لما فيه من معارضة أذان المسلمين فيه بالصورة^(١).

وأما كل قرية أو موضع ليس بمصر من أمصار المسلمين، فإنهم لا يجمعون من إحداث جميع ذلك فيها، وإن كان فيها عدد من المسلمين، لأن هذا ليس بموضع إعلام الدين، وكثير من أئمة بلخ رحمهم الله قالوا: إنما أحاب هذا في السير الكبير والمسوط على حال قراهم بالكوفة، فإن عامة من يسكنها أهل الدمة والروافض^(٢).

أما في ديارنا، فهم يجمعون عن ذلك في القرى كما يجمعون مه في الأمصار، لأهم موضع جماعات المسلمين وحلوس المدرسين عترة الأمصار، ومشايخ ما وراء الهر رحمهم الله يقولون: لا يجمعون من إحداث ذلك في القرى على كل حال، لأن المنع باعتبار أنه موضع إقامة معالم الدين فيه، وفي هذا دليل على أن تعيد الأحكام يختص بالأمصار

١ - الفتاوى الهدية ٢٥٠/٢-٢٥١

٢ - الفتاوى الهدية ٢٥١/٢.

دون القرى^(١)، وهكذا أشار إليه في أدب القاصي، وذكر الخصاص رحمه الله: أن القرى في ذلك والأمصار سواء، فالخاصل: أنهم يجمعون من إحداث ذلك في مصر، وما يكون من فناء المصر، ولا يجمعون في القرى التي يكون أكثر السكان فيها من أهل الدمة^(٢)، أما في القرى التي يسكنها المسلمون، أحسب المشايخ فيه على ما بيّناه.

قال فإن برئ عليهم المسلمون في مدائنهم وقراهم، وفيها الكنائس وبيع الخمر والخمرير غلبة وترويح لمحارم، فكل موضع صار مصرًا لمسلمين، فإنهم يجمعون من إحداث الكنائس فيه، ويظهر شيء مما كانوا يظهرونه قبل ذلك؛ لأن هذا الموضع قد صار من أمصار المسلمين عما أحدثوا من تسكي فيه بعد الصلح، وإن هدمت كنيسة من كنائسهم القديمة، فهم أن يسوها، وإذا سوها كما كانت، فالباء الثاني مثل الأول^(٣).

وإن قالوا: نحوله من هذا الموضع إلى موضع آخر من مصر، ليس لهم ذلك؛ لأن الموضع الآخر قد صار معدًا لإظهار أحكام الإسلام فيه، فلا يمكنون من أن يجعلوه معدًا بعد ذلك لإظهار أحكام الشرك، وإن كان يعرض يجعلونه للمسلمين^(٤).

١ - الفتاوى الهندية ٢٥١/٢

٢ - بدائع الصنائع للكاساني ١٦٩/٧.

٣ - الفتاوى الهندية ٢٥١/٢ والفتاوى التاتارخانية ٤٤٩/٥ وبدائع الصنائع ١٦٩، ٧

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٤٤٩/٥ وبدائع الصنائع ١٦٩/٧

(١٣٥٥) قال وإن مصر الإمام في أرضهم مصرًا للمسلمين، فاشتري بها أهل الدمة دوراً، وسكنوا مع المسلمين، لم يجمعوا من ذلك؛ لأننا إنما قبنا منهم عقد الدمة ليقعوا على محاسن الإسلام، فعسى أن يؤموا، واختلاطهم بالسكي يحقق ما قلنا، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وكان شيخنا الإمام يقول: هذا إذا قللوا وكانوا بحيث لا يتعطل بعض جماعات المسلمين، ولا يتقلل بسكاهم، أما إذا كثروا على وجه يؤدي إلى تعطيل بعض الجماعات، أو تقليلها، يجمعوا من ذلك وأمروا بأن يسكنوا ناحية ليس فيها للمسلمين جماعة، وهذا محفوظ عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي^(١).

(١٣٥٦) قال وإذا اشترى داراً للسكي، فأرادوا أن يتحدوا بها كيسنة، أو بيت نار، أو بيعة يجمعون من ذلك، لما في إحداث ذلك استحفاف للمسلمين، وكذلك يجمعون من إظهار بيع الخمر والخارير ونكاح دات المحارم، ولا يسعى لأحد من المسلمين أن يواجههم بيتاً لشيء من ذلك، وإن آجرهم فأطهروا شيئاً من ذلك يجمعهم صاحب البيت وغيره على سبيل النهي عن السكر، وصاحب البيت في ذلك كغيره، ولا يفسح عقد الإجارة هذا، وإن اتحد فيه مصلى لنفسه خاصة لم يجمع عن ذلك؛ لأن هذا من جملة السكي وقد استحق ذلك بالإجارة، فإن أراد أن

يجعل هذا البيت صومعةً يتخلى فيه كما يتخلى أصحاب الصوامع، مع من ذلك، لأن هذا شيء يشتهر صاهراً، وهو عمّره اتحاد الكيسة^(١).

(١٣٥٧) قال: وليس يعني لمسلم ولا لكافر أن يُدْجَلَ في كل مصر من أمصار المسلمين حمراً ولا حَزْيراً طاهراً، فإن فعل ذلك مسلم، وقال: إني مررت بمختاراً، وأريد أن أحلّل الحمر، وقال: ليس هذا لي فإن كان ديناً لا يتهم، حتى سببه، وإن كان ممن يتهم بتناول ديث، أريقته حمرة ودبكت حَزْيره، وأحرق بالنار، فإن رأى الإمام أن يؤذنه بأسوطة ويحسه فعل، لأنه صار مستوجِباً للتعزير بارتكاب ما لا يحل وهو إظهار الحمر والخزير في مصر المسلمين^(٢).

(١٣٥٨) ولا يعني له أن يعرّض الإماء بالكسر والتعريق، فإن فعل ذلك إسان ضمن قيمة ما أفسده إلا أن يكون رأى الإمام أن يفعل ذلك عقوبةً لصاحبه، فحينئذ لا صمان عليه فيما صنع، لأن هذا حكم منه في موضع الاجتهاد.

ومن أصحاب رحمهم الله من يقول: تأويل هذا في بناء يشرب فيه الحمر على وجه لا يمكن الانتماع به بطريق آخر، والأصح قول الأول، فإنه إذا صار بهذه الحالة كان الإمام وعيره في هذا سواء^(٣).

١ - العناوى التاتارخانية ٤٤٩/٥ - ٤٥٠.

٢ - العناوى الهندية ٢٥١/٢.

٣ - العناوى الهندية ٢٥١/٢.

فإن كان الذي أدخله دماً إن كان جاهلاً ردّ عليه متاعه وأخبره
أنه إن عاد أدبّه؛ لأن الجاهل من مثله عذر مابع من التأديب فإن عاد بعد
ما تقدم، أو كان عالماً في الانتداء لم يسع للإمام أن يريق حمّره ولا أن
يدبح خنزيره، ولكنه يؤدّبه على ذلك بالصرب والحس، فإن أتلف إنسان
شيئاً من ذلك ضمن قيمته؛ لأن حقهم في الخمر والخنزير كحق المسلم في
الأواني^(١).

(١٣٥٩) قال ولو مرّ دميّ بحمر له في سعية في مثل دجلة
والفرات فمرّ بها في وسط "عداد"، أو "واسط"، أو "مدائن"، لم يجمع من
ذلك؛ لأن الطريق الأعظم لا بدّ له من الممرّ فيه، وما لا يستطيع الامتناع
معه فهو عمود، وكذلك إن أرادوا الممرّ بذلك في طرق الأمصار، ولا ممرّ
هم غير ذلك، لم يجمعوا معه، فإن كان لهم طريق سوى ذلك، جمعوا من
ذلك، وإن لم يكن لهم طريق غير ذلك، فيسعي للإمام أن يبعث معهم
أمياً حتى يخرجهم من مصر، حتى لا ينجسوا حالهم في ذلك عن معنى الدّل،
وحتى لا يدخلوا ذلك بعض مساكن لمسلمين من المتشبهين بشرب
ذلك^(٢).

(١٣٦٠) قال ولو طلب قوم من أهل الحرب الصلح على شرط
أن المسلمين إن اتحدوا مصرّاً في أرضهم لم يجمعوهم من أن يحدّثوا فيه بيعة

١ - الفتاوى الهندية ٢/٢٥١-٢٥٢.

٢ - الفتاوى الهندية ٢/٢٥٢.

وكيسةً وأن يظهرها فيه بيع الخمر والخزير، فلا ينبغي للمسلمين أن يصالحوهم على ذلك إلا بعد تحقق الضرورة، فإن أعطاهم الإمام على هذا عهداً، فإنه لا ينبغي له أن يفي بهذا الشرط؛ لأنه مخالف لحكم الشرع، ألا ترى أنهم لو شرطوا في الصلح إظهار الرما واستحجار الروابي علانية لا يجوز الوفاء لهم بهذا الشرط^(١).

ولو أن الدين صولحوا على أراضيهم، أحدثوا كنائس في قراهم وأمصارهم بعد ما صاروا دمةً ثم صار ذلك الموضع مصراً من أمصار المسلمين، فيسبى للمسلمين أن يهدموا شيئاً من ذلك؛ لأنهم أحدثوه، وما كانوا يجمعون من إحداثه يومئذ، فكان ذلك وكنائسهم القديمة التي وقع عليها الصلح سواءً، بترك ذلك لهم ويمعنون من إحداث الكنائس بعد ما صار مصراً من أمصار المسلمين^(٢).

فإن قيل: كيف يجمعون من إظهار بيع الخمر والخزير في هذا المصير، ولا يجمعون من العادة في الكنائس القديمة، قلنا: بيع الخمر والخزير إنشاء تصرف مهم بعد ما صار ذلك الموضع دار الإسلام، فأما استدامة الكيسة على ما كانت، ليس بإنشاء التصرف، وصلاتهم فيها وإن كان إنشاءً فبعد الدمة قد استحقوا ترك التعرض لهم في ذلك، فكان صلاحهم فيها بمنزلة شرائهم الخمر وأكلهم الخازير

١ - العاوي التاترحانه ٤٥٣/٥.

٢ - بدائع الصنائع ١٦٩/٧.

(١٣٦١) قال: ولو أن مصرًا من أمصار أهل الدمة صار مصرًا للمسلمين يُجَمَّع فيها الجمع، ويقام فيها الحدود، ثم تحول المسلمون عنه، فلم يبق فيه منهم إلا نفر يسير يعود الحكم فيه على ما كان في الابتداء، لا يجمعون من إحداث البيع والكائس فيه، فإن سوا فيه الكائس ثم بدأ للمسلمين ورجعوا إلى ذلك المصر، لم يهدموا شيئاً مما أحدثوا من الكائس قبل عود المسلمين إليهم.

وإن كان ذلك الموضع أخذ عوة يجمعون من الصلاة فيها كما يجمعون من ذلك في الكائس القديمة^(١).

وإن كان هم كيسة في مصر من أمصار المسلمين، فأراد المسلمون معهم عن الصلاة فيها، فقالوا نحن قوم من أهل الدمة، صاحبنا على بلادنا، وقال المسلمون: بل أحدثت بلادكم عوةً ثم جعلتم دمةً وقد تظاول الرمان ولم يُدر كيف كان؟ فإن الإمام يطر في ذلك، هل فيه أثر عند الفقهاء، ويسأل أصحاب الأخبار: كيف كان أهل هذه الأرض؟ فإن وجد فيه أثراً عمل به؛ لأن هذا مما لا يمكن إثباته بالشهادة القاطعة، وإن لم يجد عند الفقهاء أثراً في ذلك أو كانت الآثار فيه مختلفة، فإن الإمام يجعلها أرض صلح، ويجعل القول فيها قول أهلها؛ لأنها في أيديهم، وهم يتمسكون بالأصل، والمسلمون يريدون الاعتراض عليهم بالملع أو الهدم، فيكون القول في ذلك قول المتمسكين بالأصل مع أيديهم.

وجاء أثر أهم أهل صلح وأثر أهم أحدوا عتوة، فإن القول فيه قولهم أيضاً لتعارض الآثار بخلاف ما إذا شهد شهود على شهادة شهود أهم صاحبوا، وشهد شهود على شهادة شهود أهم أحدوا عتوة، فإنه يعمل بشهادة الفريق الثاني؛ لأن الشهادة حجة قاطعة، فيترجح بالإثبات، وأما الأثر ليس بشهادة قاطعة فلا يعمل بها في النفي، وفي الإبقاء والإحداث بصفة واحدة، فيتحقق المعارضة^(١)، فيصار إلى التمسك بالأصل.

وأشار إلى معنى آخر في السير الكبير، وقال لما جعل القول قولهم قبل إقامة البيعة، كان المحتاجون إلى البيعة هم المسلمين دون أهل الدمة، فيقبل بينهم على ذلك بمنزلة بيعة الخارج مع دي اليد في دعوى المسك المنطلق.

ولو جاء أثر أهم أحدوا عتوة، وجاءت شهادة على شهادة أهم صاحبوا، كانت الشهادة أحق؛ لأنها حجة قاطعة، ولكن يشترط أن يكون شهود الأصل والفرع من المسلمين؛ لأن شهادة أهل الدمة لا تكون حجة على المسلمين.

ولو جاء أثر أهم صاحبوا^(٢)، وجاءت الشهادة أهم أحدوا عتوة، فإنه يوحد بالشهادة، ويسوي في ذلك شهادة المسلمين وأهل الدمة؛ لأنها تقوم عندهم باسحقاق ما في أيديهم، وشهادة أهل الدمة حجة عليهم^(٣).

١ - العبارة في نسخة "ب" و "ح" هكذا (وأما الأثر ليس بشهادة قاطعة والعمل به في النفي والإثبات وفي الإبقاء والإحداث بصفة واحدة فيتحقق المعارضة).

٢ - وفي نسخة "ب" (صاحبوا).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٤٥٣/٥-٤٥٤.

(١٣٦٢) وقال: ويجمع الدمى عن الدخول في المسجد الحرام

دون سائر المساجد، وقال مالك رحمه الله يجمع الدمى عن الدخول في
المساجد كلها، وذكر في السير الكبير: أنهم يجمعون عن الدخول في
المساجد، وذكر في الجامع الصغير: أنهم لا يجمعون^(١)، وهكذا ذكر
الكرخي رحمه الله في مختصره.

١ - المصنف رحمه الله قد ذكر أولاً: أن الدمى يجمع عن الدخول في المسجد الحرام دون
سائر المساجد، وذكر خلاف الإمام مالك رحمه الله، وقال إنه يجمع الدخول لدمى
في المساجد كلها، ثم المصنف حكى عن السير الكبير قول معهم عن الدخول في
المساجد كلها، وحكى عن الجامع الصغير عدم معهم مطلقاً، فالقول المذكور في
السير الكبير هو المنع عن الدخول في المساجد كلها، والمصنف رحمه الله ذكر فيما
بعد وجه قول محمد المذكور في السير الكبير، والوجه المذكور يدل على تخصيص
النهي بالمسجد الحرام، فلا يليق أن يكون هذا دليلاً لما في السير الكبير؛ لأنه عام في
المساجد كلها، والدليل يدل على الاقتصار على المسجد الحرام، أما قول المصنف:
وجه قوله الأول، فهذا يدل على تعميم الجوار، والقول الأول المذكور في متن
الكتاب هو جوار الدخول في سائر المساجد سوى المسجد الحرام، وهذا الوجه
لمذكور يدل على جوار دخوله في المسجد الحرام أيضاً، فلذلك أجاب عن الآية
بانوجهين وقال به لس المراد من حيث الدخول فيه، وإي المراد هو الاستيلاء
والتيدير والقيام بعمارة المسجد، والثاني ما حكى عن الشيخ الإمام أبي إسحاق
الكتاب أن المراد بالمسجد الحرام، الحرم

ويعرف من دراسة كتب الفقه أن هذا هو القول أي مطلق الجوار الطاهر عند
الحرمه رحمه الله، فقال في الهدية لا بأس بدخول أهل الدمى المسجد الحرام
وسائر المساجد، وهو الصحيح، كذا في محيط السرخسي (الهدية ٣٤٦/٥) =

-وقال في الدر المختار وجار دخول الدمى مسجداً مطلقاً، وكرهه مالك مطلقاً، وكرهه محمد، والشافعي وأحمد في المسجد الحرام (كتاب الخطر والإباحة ٥٥٥/٩).

وقال الخصكمي في الدر المتقى وأما دخول المسجد الحرام قد ذكر في السير الكبير المع، وفي الجامع الصغير عدمه، والسير الكبير آخر تصيف محمد كذا حررته فيما كتبه علي التوير (كتاب السير ٤٧٩/٢ ط دار الكتب العميه، بمصر ١٤١٩هـ).

وقال ابن عابدين الشامي أقول غايته أن يكون ما في السير الكبير هو قول محمد الذي استقر عليه رأيه، ولذا ذكره الشارح آخراً مع الشافعي وأحمد ومالك ذكره أصحاب المتن هما علي قول الإمام؛ لأن شأن المتن ذلك عائياً (تأمل هذا) (كتاب الخطر والإباحة، باب الاستبراء، وغيره ٥٥٦/٩).

فعرف من هذا كله أن في المسألة ثلاثة أقوال:

الأول مع الدمى عن الدخول في المساجد كلها

والثاني: الجواز مطلقاً في المسجد الحرام وغيره

والثالث المنع في المسجد الحرام، والجواز في سائر المساجد

فقل مالك رحمه الله. بالمنع مطلقاً وهذا هو قول محمد في السير الكبير الذي استقر عليه في آخر الأمر، واحتار أبو حنيفة رحمه الله الجواز مطلقاً واختار الشافعي رحمه الله القول الثالث.

قال إخصاص في أحكام القرآن:

قد تارَعَ معاه أهل العلم، فقال مالك والشافعي رحمهما الله لا يدخل المشرك المسجد الحرام، قل مالك ولا غيره من المساجد إلا لحاجة. وقال الشافعي رحمه الله يدخل كل مسجد إلا المسجد الحرام خاصة، وقال أصحاب يجوز للدمى دخول سائر المساجد، وبما معنى الآية على أحد وجهين إما أن يكون النهي خاصاً بالمشركين الذين كانوا ممنوعين من دخول مكة وسائر المساجد؛ لأنهم لم يكن هم دمة أو أن يكون المراد معهم من دخول مكة للحج.-

(١٣٦٣) قيل: ما ذكر في السير الكبير قول محمد رحمه الله آخر؛ لأن
السير الكبير آخر تصنيف صفه محمد رحمه الله في الفقه،

وجه قوله الذي ذكر في السير الكبير: قوله تعالى: ﴿فَلَا يَقْرُبُوا
الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾^(١)، أي بعد عام المنح، قد حص
المسجد الحرام بالهي، فبدل على حرمة الدخول وعلى اقتصار^(٢) الحرمة
على المسجد الحرام.

وجه قوله الأول. ما أشار إليه فولم: "يا رسول الله! هم أحاس"
فقال عليه السلام: "ليس على الأرض من محاستهم شيء" فلا يعمون عن
الدخول فيه، كما لا يعمون عن الدخول في سائر المساجد، وأمّا الجواب
عن الآية من وجهين: أحدهما: ما حكى عن الشيخ الإمام الفقيه أبي

حوقد روى حماد بن سلمة عن حميد عن الحسن بن عثمان بن أبي العاص أن وفد
ثقيف لما قدم على رسول الله ﷺ صرب لهم فة في المسجد فقاتوا يا رسول الله!
"قوم أحاس" فقال رسول الله ﷺ: "إنه ليس على الأرض من أحاس الناس شيء، إنما
أحاس الناس على أنفسهم" وروى يونس عن الزهري عن سعيد بن المسيب. أن أبا
يسفيان رضي الله عنه كان يدخل مسجد النبي ﷺ وهو كافر، غير أن ذلك لا يحس
في المسجد الحرام لقول الله ﷻ ﴿فَلَا يَقْرُبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ﴾، قال أبو بكر وفي
ذلك دلالة على أن محاسة الكفر لا يجمع الكافر من دخول المسجد (كتاب أحكام
لقرآن لمخصص الرازي ٨٨/٣، ط دار الكتاب العربي)، فتأمل فيما ذكره المصنف
في توجيه القولين.

١ - [التوبة: ٢٨]

٢ - وفي نسخة "أ" و "ب" (اختصار).

جعفر المصنوعي رحمه الله: أنه كان يقول: ليس المراد من حيث الدخول فيه، وإنما المراد هو الاستيلاء والتدبير، والقيام بعمارة المسجد ورؤساء قريش كانوا يبنون ذلك قبل الفتح، وبعد الفتح منعوا عن ذلك، فيمكن أن يقال: إن كان المراد هو الدخول، ولكن على وجه اعتيادوا في الجاهلية لعبادة غير الله تعالى، والطواف بالبيت لا على الوجه المشروع، فإنهم كانوا يطوفون بالبيت عمراً. والثاني: ما حكى عن الشيخ الإمام الفقيه أبي إسحاق الكاتب رحمه الله: "أن المراد من المسجد الحرام الحرم، لأن الحرم يذكر ويراد به الحرم قال الله تعالى ﴿هُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا وَصَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾"^(١) والمراد هو الحرم فيكون تأويل الآية أنهم لا يمكنون من توطئهم في الحرم بعد عام الفتح، كما كانوا يتوطئون قبل الفتح، قال صاحب التأويلات: المراد من الآية النهي عن دخول مكة لا عن دخول المسجد، وفي آخر الآية ما يدل عليه، فإنه قال: ﴿وَإِنْ حِفْظُ غَيْبَةٍ﴾^(٢)، ولو كان النهي عن الدخول في المسجد لا عن الدخول في مكة لا يحافظون الغيبة. لأنهم كانوا يدخلون بمكة ويتجرون فيها، وروي أنه لما نزلت هذه الآية، قال المسلمون الآن تنقطع المناجر، ويصيق لعيش فأمرن الله تعالى ﴿وَإِنْ حِفْظُ غَيْبَةٍ﴾^(٣)

١ - [الفتح: ٢٥]

٢ - [التوبة: ٢٨]

٣ - [التوبة: ٢٨]

ثم فرقوا بين الكافر وبين المسم الحسب، فلم يحوِّرا للمسلم الحسب الدحول في المسجد، وجوروا للكافر. والفرق وهو أن المسلم يدين وجوب الاعتسال، ويعتقد كون الحنابة مانعة عن الدحول في المسجد، فعاملا معه على حسب اعتقاده، وبينما الحكم في حقه على ما يدين، والكافر لا يدين وجوب الاعتسال، وإن كان يدين ولكن لا يعتقد الحنابة مانعة، فعاملا معه على حسب اعتقاده.

(١٣٦٤) وهذا نظير ما ذكره محمد رحمه الله في المسوط: أن الكفر لا يجمع قول الشهادة إذا كان عدلاً في تعاضيه، وهسق المسلم يجمع قول الشهادة؛ لأن المسلم يدين العسق معصية، كما يدين شهادة الرور معصية، والكافر لا يدين الكفر معصية، ويدين كون شهادة الرور معصية، فإن شهادة الرور معصية في لأديان كلها، فلا يستدل بارتكابه الكفر ارتكابه شهادة الرور.

(١٣٦٥) ثم إن محمداً رحمه الله سوى في الكتاب بين الحربي والدمي دخولهم في سائر المساجد؛ لأن الكل في حق أن لا يدينوا وجوب الاعتسال، ولا يدروا كيميه الاعتسال على السواء

[بيان ما يجمع بين حراح الرؤوس والأراضي]

(١٣٦٦) وأما بيان ما يجمع بين حراح الرؤوس والأراضي، قال محمد رحمه الله في الريادات إذا أرد أن يصاح أهل دار من ديار الحرب كل سنة على دراهم معدودة، أو على كيل من الطعام معدوم، أو على

عدد من الثياب معلومة عن أراضيهم وحمائمهم، فهو جائز، وله الخيار إن شاء جمع بين الرقاب والأراضي، وإن شاء أفرد كل واحد منهما، فإن جمع قسم ذلك المال على الأراضي على قدر حال الحماجم وعددهم وعلى قدر الأراضي بالعدل والإنصاف.

فما أصاب الحماجم فهو جزية، حتى يقسم على الرجال أو المقاتين على الترتيب الذي ذكرنا، وما أصاب الأراضي يكون حراجاً يقسم على عدد الأراضي على قدر اربع والعلة على الترتيب الذي ذكرنا.

فإن قلت الحماجم بأن مات بعضهم، أو أسلموا يدخل حصتهم في حراج الأراضي إن احتملت، وكذلك لو هلكت الحماجم كلها دحيت حصة الحماجم كلها في حراج الأراضي إن احتملت، إلا إذا كانت لا تحمل ذلك، فحينئذ يوظف عليها بقدر ما احتملت، فإن كثرت الحماجم بعد ذلك ردّ عليهم حصتهم، وإن هلكت الأراضي بأن برّت أو عرقت، وبقيت الحماجم لا يتحوّل وطبيعة الأراضي إلى الحماجم، ولو لم يهلك الأراضي ولكن قلّ ريعها نقصت حصة الأراضي، ونقلت إلى الحماجم إن احتملت.

فإن عاد ريع الأراضي على الكمال أعيد عليها ما نقص عنها، هذا إذا جمع بين الرقاب والأراضي في الصلح

أما إذا أفرد وجعل للجماجم حصة معلومة من المال، والأراضي حصة معروفة من المال لم يدخل إحدى الوظيفتين في الأخرى، حتى إذا قلت الجماجم سقطت حصة من مات.

وكذلك إذا هبكت الجماجم حملة سقطت حصة الجماجم جملة، ولا يصرف إلى الأراضي شيء من حصة الجماجم، وكذلك إذا كثرت الجماجم وقل ريع الأراضي، أو بقي على حاله لم يصرف إلى الجماجم شيء من حصة لأراضي، ولو صالحهم الإمام في الانتداء على مال معنوم على أن يأخذ ذلك من الأراضي دون الجماجم، أو من الجماجم دون الأراضي، كان ذلك باطلاً، ولكن هذا لا يطل الدمة^(١).

١ - المناوي التاترخانية ٤٥٤/٥ - ٤٥٦. الفصل التاسع في الجمع بين خراج

الرؤوس والأراضي

بيان المصارف

(١٣٦٧) وأما بيان مصرف هذه الأموال.

قال: مصرف الخراج والجزية، وصدقات بني تغلب، وما يأخذ
العاشر من أهل الدمة وأهل الحرب، نوائب المسلمين وما فيه صلاح
الدين وصلاح دار الإسلام^(١).

(١٣٦٨) وحكم هذا المال في المصرف يخالف مال بيت مال
الصدقات وعشور الأراضي، وقد ذكرنا مصارف تلك الأموال.

(١٣٦٩) وإنما كانت هذه الأموال مصروفةً إلى نوائب المسلمين
بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، فإن عمر رضي الله عنه لما
وطف الخراج على سواد العراق أمتحير عن المصارف بعده فقال:
يصرف إلى من يحيي بعدهم من المسلمين^(٢)، فقد أحرر أن لجميع المسلمين
فيه حقاً، وقد تابعه على ذلك المهاجرون والأنصار فحل ذلك محل
الإجماع.

ولأن للخراج حكم العيمة؛ لأنه لا يوظف إلا على أرض فتحت
عرةً وقهراً وصارت عيمةً للمسلمين فيكون الخراج قائم مقام العيمة،

١ - الفتاوى الهندية ١/١٩٠-١٩١.

٢ - أخرج ما معناه البخاري ٤٢٣٥ و ٤٢٣٦؛ وأبو داود في سننه ٣٠٢٠.

والجميع المسلمين حظ فيما قسم من حقيقة العيمة، فكذلك الحراج الذي قام مقام حقيقة العيمة، فيجب أن يكون الحق فيها لجماعة المسلمين ولا يمكن صرفها إلى كل فرد من أفراد المسلمين فيصرف إلى من فرّع نفسه لشغل عامة المسلمين. ويكون نائباً عنهم في إقامة مصالحهم كالمقاتنة، والقضاة، والمفتين، والمدرّسين، والمؤذنين، والمعلمين، والمختصة وإلى سدّ ثغور المسلمين، وبناء الحصون في الثغور وإلى مراصد الطرق في دار الإسلام، ليقع الأمن عن قطع الطريق من جهة النصوص، وإلى كرى الأكار العظام الذي فيه صلاح المسلمين وإلى عمارة المساجد، والقناطر، وإلى معالجة المرضى إذا كانوا فقراء وإلى تكفين الموتى الذين لا مال لهم، وإلى نفقة النقيط، وعقل جنانية^(١).

(١٣٧٠) والعبي والفقر سوء، لأن العبي لما فرّع نفسه مصالح عامة المسلمين يكون عاجزاً عن الكسب، فلا يكفيه ما في يده فيعطى لهم النفقة من مال بيت المال حتى لا يفتقر، وقد ذكرنا بعض هذه المسائل في بيان ما يرتق الفاضي من بيت مال المسلمين^(٢)

١ - الفتاوى الهندية ١٩١/١، فصل ما يوضع في بيت المال أربعة أنواع، وجمع الأهر في شرح ملتقى الأبحر ٦٧٨/١.

٢ - الفتاوى الهندية ١٩١/١ والفتاوى التاتارخانية ٣٤٤/٢

النوع الرابع

في بيان بيت مال الخمس يعني خمس الغنائم والمعادن

والركاز وبيان مصارف هذه الأموال

[تعريف الغيمة والكثر والمعدن والركاز]

(١٣٧١) قال: الغيمة اسم لما لأصيب من جهة الكفرة بالقهر والعبية لإعرار الدين وإعلاء كلمه التوحيد^(١)، والكثر اسم لما مدفون في لأرض دفنه سو آدم، والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى في لأرض يوم خلقها، والركاز ويراد به المعدن ويراد به الكثر مجازاً^(٢)، فإن رسول الله عليه السلام سئل عن الركاز فقال "الذهب والفضة حصصهما الله تعالى في لأرض يوم خلقت"^(٣) والمخلوق من الذهب والفضة ما يستخرج من المعادن، ومحمد رحمه الله ذكر الركاز وأراد به الكثر فإنه ذكر في المسوط رجل وجد ركازاً إن كان عني صرب القدم أي على صرب أهل الجاهلية ففيه الخمس، وإن كان عني صرب أهل الإسلام يعرف كانبطة، فعلم أن ركاز اسم للمعدن حقيقة، وللكثر مجازاً^(٤)

١ - الفتاوى الهندية ٢/٢٠٤.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٣٣٩.

٣ - أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (رقم ٢٣٧٩)، وقال وروي عن أبي يوسف رحمه الله عن عبد الله بن سعد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه عن جده عن أبي هريرة رضي الله عنه، السنن الكبرى ٤/٢٥٧ (رقم ٧٦٤٠) ورواه الشافعي في الأم ٢/٤٣، انظر لمفصل نصب الراية للربيعي ٢/٣٩٣ وتلخيص الخبير ٢/١٨٢.

٤ - الفتاوى الهندية ١/١٨٥.

[ما يجب في المعدن]

(١٣٧٢) قال: رجل وجد معدن ذهب أو فضة في أرض العشر أو في أرض الخراج يجب فيه الخمس عدناً قياساً على ما لو وجد كزاً جاهياً؛ لأن هذا مال معوم وما يستخرج من المعادن من الذهب والفضة معوم، لأن السهل والجليل والعامر والعامر كان تحت أيدي الكفرة، ثم صارت في أيديها بالفهر والعلبة، فيكون عيمة، لما ذكرنا أن العيمة اسم مال ملث من جهة الكفرة بالفهر والعلبة إلا أن الإمام لا يأخذ منه الخمس لعجزه عن الأخذ لحوائه، فإذا طهر رال العجر فوجب الخمس كما في الكفر.

ولش قال: ما في المعدن ليس معوم، لأنه مال مباح في الأصل، فلا يصير ممبوكاً إلا بالأحد والإحرار كالصيد والحشيش، ولم يوجد الإحرار والأحد ما في المعدن، من الكفرة، فلا يصير ملكاً لهم فيبقى على الإباحة ولا خمس في المباح، لأننا نقول: وجد الإحرار منهم؛ لأن الأرض كانت في أيديهم، فكذلك ما فيها، لأن عرق الذهب والفضة بمنزلة سائر أجزاء الأرض من حيث أنه مركب فيه خلقة، وإن لم يكن من جسده، فيصير في أيديهم تبعاً للأرض، ألا ترى! أن من اشترى أرضاً فوجد فيها معدناً يكون ملكاً له تبعاً للأرض، هذا إذا وجد معدن ذهب أو فضة

(١٣٧٣) أما إذا وجد حديد أو نحاساً، أو شيئاً مما يطعم النار، ويصير على المطرقة، يؤخذ منه الخمس عدناً، ويكون أربعة

أخماسه للواحد سواء كان الواحد مسلماً، أو دماً، أو عبداً، أو مكاتباً، أو صبيّاً؛ لأنه مال مباح، والمال المباح يملك بالإصابة^(١).

فإن قيل: هذا مال معوم في حق الخمس، فيجب أن يكون معوماً في حق العامين، فلا يكون للواحد فيكون لقطه، قلنا: هذا المال كان مباحاً قبل أحد العامين، والمال المباح يملك بإثبات اليد، ويد العامين ثابتة على هذا المال حكماً لثبوتها على الأرض، أما غير ثابتة حقيقة فاليد الثانية على ظاهر الأرض إن أوجب روال الإباحة، والمالك للعامين، فعدم ثبوت اليد حقيقة يوجب بقاء الإباحة، ويجمع ثبوت ملك فلا يثبت الملك للعامين بالاحتمان؛ لأن الملك حق العدد، وحق العدد إدا دار بين الثبوت وعدم الثبوت لا يثبت بالاحتمان، فإن المفقود لا يورث ما فيه من الاحتمال

فأما الخمس حق الله تعالى، ومضى بشت المعارضة في حق الله تعالى بين الثبوت واستقوط، يترجح جانب الثبوت، فلهذا اعتبر معوماً في حق الخمس، غير معتبر في حق العامين فهي مباحة كما كان.

(١٣٧٤) وقال الشافعي رحمه الله لا شيء مما يستخرج من المعادن إلا في نذهب والقصة على أصح الأقوال^(٢).

ثم ماذا يجب عبده في الذهب والقصة يستخرج من المعدن، فيه ثلاثة أقوال: في قول: كما قال أصحابنا رحمهم الله، وفي قول: ربع

١ - الفتاوى المهدية ١/١٨٤؛ والفتاوى التاتارخانية ٢/٣٣٩-٣٤٠.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٢/٣٤٠.

العشر، وفي قول: إن وجد بكرة مجتمعة من غير تعب ومؤنة ففيه الخمس؛
وبه قال مالك رحمه الله، وإن وجد مختلطاً بالرمل والحجر يحتاج تمحيصه
إلى معالجة، ففيه ربع العشر؛ لأن المؤنة إذا كثرت قل الواجب فإذا قلنت
المؤنة كثرت الواجب كالزرع المسقى بماء السماء والمسقى بالصبغ.

وعلى القول الذي يجب فيه ربع العشر يشترط كمال الصاب ففي
اشتراط الحول لوجوب قولان، وأصحهما. لا يشترط الحول كما في
الثمار والزرع؛ لأن اشتراط الحول للتنمية، وهذا مما كره

وعلى القول الذي قال: يجب فيه الخمس لا يشترط الحول، وفي
اشتراط الصاب قولان، وليس من الشرط أن يكون المستخرج في نفسه
صباباً بل لو استخرج قدرًا، وله مال لو صم إليه يبيع صاباً يجب عليه
إخراج ربع العشر المستخرج.

وعلى القول الذي شرط الصاب دون الحول فأصاب في دفعات
هل يصم البعض إلى البعض في تكمين الصاب؟ بطل، إن كان العمل
متتابعاً غير مقطوع، صم البعض إلى البعض، ولا يشترط بقاء ما استخرج
في مكانه، وإن انقطع العمل أو فقد المعدن، بطل إن كان الانقطاع يسيراً
يوماً أو يومين، ثم وجد صم الثاني إلى الأول، وإن طال الزمان ففيه
قولان، قال في الحديد: يصم وهو الأصح، لأن بيل المعدن لا يدوم

وقال في القلم وبه قال مالك رحمه الله لا يصم كما لو قطع
العمل والمعدن غير فاقد ثم عاد، بطل إن انقطع غير عذر لا يصم الثاني إلى

الأول طال الرمان أو قصر، وإن انقطع بعنبر ضم ما يجد بعد روال العنبر إلى ما قبله طال الانقطاع أو قصر^(١).

(١٣٧٥) ولا فرق بين أن يكون المعدن في أرض مباحة أو في أرض مملوكة له عبده في وجوب الحق فيما يستخرج منه

(١٣٧٦) وعند أصحابنا رحمهم الله: إن وجدته في أرض مباحة يجب فيه الخمس سواء كان معدن ذهب، أو فضة، أو رصاص، أو صخر، أو حديد، ويكون أربعة أحماسها للواحد^(٢)، فإن وجدته في داره أو أرضه، يكون الكل سالماً لصاحب الدر ولصاحب الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف وعمر بن محمد رحمهما الله: فيهما الخمس، وأبو حنيفة رحمه الله سوى بين الموجود في الأرض وفي الدر على رواية كتاب الركافة، وفرق بين الأرض والدر على رواية الجامع الصغير، والصرف^(٣) قد أوجب الخمس في الأرض ولم يوجب في الدر.

وعن أبي حنيفة رحمه الله فيما يحده في أرضه روايتان، وفيما يجد في داره رواية واحدة، فعلى الرواية التي فرق قال: عرق الذهب والفضة ملحق بسائر أجزاء الأرض؛ لأنه متصل بالأرض خلفه دليل أن المشتري يملكه بالشراء كسائر أجزاء الأرض، وقد خلا سائر أجزاء الأرض عن

١ - الفتاوى التاتارخانية ٣٣٩/٢.

٢ - انظر لتفصيل مع اختلاف أقوال الأئمة: بدائع الصنائع للكاسبي ١٠٠٢، ١٠٠٣ وجميع الأنهر في شرح ملقى الأبحر ٣١٤/١.

٣ - هكذا في النسخ الثلاث، فتأمل.

حق الله تعالى، فكذا ما فيه عرق الذهب والعصاة، بخلاف الكثر؛ لأنه غير متصل بالأرض اتصال حلقة، وأما وجه الرواية التي سوى وهو أن سائر أجزاء الأرض مسلمة له بالعشر والخراج، ولم يجب فيه حق آخر فكذا عرق الذهب والعصاة^(١).

(١٣٧٧) قال: إذا عمل في إخراج المعدن يوماً، ثم جاء آخر من العد، وعمل فيه فوجد البيل، كان الليل لثاني، لا للأول، كالصيد للآخر لا للمشير^(٢).

[حكم الركاز وما يجب فيه]

(١٣٧٨) قال: وجد ركازاً في أرض غير مملوكة نحو البصرة والحبال، فإن كان فيه علامات الإسلام كالصحف والدراهم المكتوبة فيها كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة، وحكم اللقطة يعرف بعد هذا إن شاء الله تعالى، وإن كان فيه علامات الشرك نحو الصم والصلب ومسا أشبههم ففيه الخمس، وأربعة أحماسه للواحد، فيستوي أن يكون الواحد صغيراً أو كبيراً، حراً أو عبداً، مسلماً أو ذمياً؛ لأن استحقاق هذا المال بمنزلة استحقاق العيمة والجميع من سميها حق في العيمة فيكون لهم حق في المال إلا أنه يرصع للعد والذمي والصبي تحرراً عن المساواة بين التسع والمتنوع عند المراحة، وهما لا مراحم للواحد في الاستحقاق حتى يعتبر التماثل ولهذا كان الباقي له^(٣).

١ - الفتاوى التاتارخانية ٣٤٠/٢

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٢٤١/٢

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٣٤٠/٢ والفتاوى الصدية ١٨٥/١

(١٣٧٩) فإن كان الواحد حرياً مستأماً لا يعطى له شيء إلا أن يكون الحربيّ مأذوناً من جهة الإمام^(١).

(١٣٨٠) وإن وجد في دار مملوكة له إن كان من صرب أهل الإسلام فتحكمه حكم اللقطة، وإن كان على صرب الجاهلية، قال أبو يوسف رحمه الله: يكون أربعة أخماسه للواحد سواء كان مستعيراً أو مستأجراً، أو مشترياً حتى اللص، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يكون للواحد وإنما يكون للمحتظة له الدار، حظّه الإمام حين فتح أهل الإسلام تلك البدة ولورثته وورثة ورثته، وإن لم يكن حينئذ يكون لقطة، ولا شيء للواحد^(٢).

احتجّ أبو يوسف رحمه الله، وقال: هذا مال مباح سقط إليه يد الواحد، فيملكه قياساً على ما لو وجدته في المعارة؛ لأن يد العائين تثبت على ما في بطن الأرض من حيث الحكم، ولم يثبت من حيث الحقيقة والمباح إنما يملك بالأحد وإثبات اليد، فإذا ثبت من وجوه ولم يثبت من وجوه لم يرل الإباحة، وهذا المعنى موجود فيما دخل تحت القسمة؛ لأن يد المحتظة له بعد القسمة ثابتة على ما في بطن الأرض حكماً لا حقيقة، فلا يجعل ملكاً للمحتظ له بعد القسمة باليد الحكمية، كما لم يجعل في الصحارى ملكاً للعائين، بخلاف المعدن؛ لأن المعدن بمنزلة سائر أجزاء الأرض، لأنه مركب فيه بأصل الخلقة.

١ - الفتاوى الباتارخاية ٣٤٠/٢ والفتاوى الهدية ١٨٥/١.

٢ - الفتاوى الباتارخاية ٣٤٠/٢

أما الكثر غير مركب في الأرض؛ لأنه مال موضوع في الأرض.
وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا: هذا مال مباح سبقت إليه يد
المختط له على الخصوص؛ لأن اليد على ما في باطن الأرض قد تثبتت
حكماً لثبوتها على الطاهر وقد تثبتت على الطاهر يد المختط له على
الخصوص والخصوص^(١) فثبتت على الباطن كذلك حكماً، واليد الحكيمة
على الخلوص والخصوص، تكفي للملك المباح كما في المعدن بخلاف ما
قبل القسمة؛ لأن قبل القسمة كانت اليد الحكيمة ثابتة على العموم
والشركة، واليد الحكيمة على المباح لا تعيد الملك في المباح كما في
المعدن.

(١٣٨١) قال محمد رحمه الله: مسلم دخل دار الحرب بأمان
فأصاب ركازاً من ذهب أو فضة أو جوهر في دار إنسان مهم، فإنه يرده
عليهم؛ لأنه بالأمان صم أن لا يحولهم لا على سبيل المجاهرة، ولا على
سبيل الخفية والاستمرار، فإن أصابه في الصحراء أو في موضع ليس بملك
لأحد من أهل الحرب فهو كله له؛ لأن هذا المال ليس بملك لأحد، وصار
بمقتضى الصيد الذي اصطاده المسلم المستأمن في دار الحرب، ولا خمس فيه
إذا أخرجته إلى دار الإسلام؛ لأنه لم يصبه على وجه إعرار الدين وإعلاء
كلمة التوحيد، ولا بإيجاف الخيل والركاب فصار بمقتضى المتلصص، والمال
الذي أخرجته المتلصص لا خمس فيه فكذلك ههنا، ولا عشر فيه إن مرَّ به

١ - وفي نسخة "ب" (على الخصوص والخلوص).

عنى عاشر المسلمين؛ لأن هذا مال أصابه في أرض الحرب ولم يوجد من الإمام رعاية ولا حماية في أرض الحرب^(١).

وهكذا الجواب إذا أصاب المستأمن من معدن ذهب أو فضة أو حديد في أرض الحرب فهو له؛ لأن هذا ليس بملك لأحد فصار كالكركار الذي وجدته في الصحراء^(٢).

(١٣٨٢) فإن وجد المعدن في ملك إنسان منهم — رده على صاحبه^(٣).

(١٣٨٣) والذي أسلم من أهل الحرب والأسير من المسلمين في ذلك سواء إلا في حصلة واحدة، ما أصاب الأسير والرجل المسم — أهل الحرب في دار رجل منهم فهو له أبصاً، ولا خمس فيه ولا عشرة؛ لأنه لا أمان لهم، ولو قدر على قتلهم وأخذ أموالهم فقل ذلك وكذلك ما أصاب من لقطة فهي هما ولا عشر فيها، ولا خمس إذا أخرجها إلى دار الإسلام؛ لأن الظاهر أن هذا مال أهل الحرب، وأما المستأمن فما وجد من لقطة في دار الحرب، فيسعى له أن يعرفها كما في دار الإسلام. (١٣٨٤) قال: وإذا دخل الحرّ دار الإسلام بأمان، فأصاب ركازاً أو شيئاً من المعدن، فإن إمام المسلمين يأخذه منه كله؛ لأن ما

١ - الفتاوى لمدينة معرباً إلى شرح الطحاوي ١٨٥/١

٢ - الفتاوى التتارخانية ٣٤١/٢.

٣ - مجمع الأهر في شرح ملتقى الأئمة ٣١٦/١، ط دار الكتب العمة، تحقيق وتخرج خليل عمران المصور.

يوجد في دارنا مال معوم من وجه، ولهذا وجب الخمس فيه، ولا حظّ
للحربيّ في حقيقة العيمة بوجه ما، قاتل يادد الإمام أو بعير إذنه، فكذا
فيما له شبه بالعيمة بخلاف الدميّ؛ لأنّ الدميّ له حظّ في حقيقة العيمة،
ولهذا يرصّخ له بشيء من الغنيمة.

فإن قيل: إنما يكون له حظّ في حقيقة العيمة، فكذا فيما له حكم
العيمة يجب أن لا يستحقّه الدميّ إلا يادد الإمام كالْحَرْبِيّ، قلنا: في
حقيقة العيمة إنما شرط إدن الإمام؛ لأن سبب استحقاق حقيقة العيمة
مجاورة الدرب بقصد بصرة الإسلام، ومجاورة الدرب من أهل الدمة
متردّد بين أن يكون لصورنا وبصرة أهل الحرب؛ لأنهم من أهل الحرب
ديناً وإن كان ما داراً، وإذا كان سبب الاستحقاق متردّداً احتيج إلى
رأي الإمام، لينتجح جانب البصرة بما يراه كما شرط رأي السولي في
تصرفات الصبي؛ لما أن تصرف الصبي كان متردّداً بين الضرر والمنفع،
ولا تردّد ههنا فيما هو سبب الاستحقاق وهو العمل في المعدن

فإن قيل: الدميّ في حقيقة العيمة لا يساوي المسلم؛ لأنه يرصّح
لهم فكذا فيما له حكم العيمة. قلنا: عدم الاستواء بينهما في حقيقة
العيمة لانتماء المساواة بينهما في الاستحقاق وهو القتال، وإذا لم يساوا
المسلم في سبب الاستحقاق لا يساويه في الاستحقاق كالمرأة المسلمة مع
الرجل المسلم، والعبد المسلم مع الحرّ لقصان تمكّن في قناهما. أما ههنا،

لا نقصان في السب؛ لأن السب هو الإصابة والعمل؛ والدنمى، والمسلم، والحرّ، والعبد، والمرأة، والرجل تساويان، لتساوئهما في السب، فكذا هذا. (١٣٨٥) هذا إذا عمل الحرّ بغير إذن الإمام، أما إذا عمل بإذن الإمام فإنه يحتمس ويكون الباقي له؛ لأنه إذا عمل بإذن الإمام فما يستحق، يستحق بطريق الإجارة، لا بطريق العيمة، فكأن الإمام استأجره؛ ليعمل في المعدن؛ ليكون الخمس للإمام وأربعة أخماسه له أجرة على عمله، والحرّ جار أن يستحق بحكم الإجارة من حقيقة العيمة، فكذا جاز أن يستحق فيما له حكم العيمة^(١).

(١٣٨٦) قال: ولو أن الحرّ استأمن استأذن الإمام في طلب الكور والمعادن، فأذن له الإمام على أن للمسلمين مما يصيبه النصف، وله النصف، فعمل على هذا، فأصاب ركازاً أو معدناً، فإن الإمام يأخذ نصف ما أصاب "والحرّ" "نصفه"، ثم الإمام يأخذ "خمس جميع ما أصاب الحرّ" من "هذا النصف الذي أخذه من الحرّ" فيجعله للفقراء ويجعل الفصل للمقاتلة؛ لأن إذن الإمام صير ما أصابه الحرّ عيمةً يجب فيه الخمس، فقد أوجب دمه حقاً في جميع المصاب بقدر الخمس، وليس للإمام أن يصرف ذلك عنهم إلى غيرهم أنداء، فيجعل خمس النصف من هذا النصف للفقراء، ويجعل الباقي للمقاتلة.

(١٣٨٧) قال: ولو أن مسلماً، أو عبداً، أو مكاتباً، أو دميّاً، أو صبيّاً طلب الكور أو المعدن بإذن الإمام، فأذن له في ذلك على أن له

١ - مجمع الأكر في شرح مفتى الأكر ١/٣١٤ والفتاوى الهدية ١/١٨٤.

الصف وللمسلمين الصف، فأصاب كثراً، أو أموالاً من المعادن، فإن الإمام يأخذ منه الخمس، وما بقي لمن أصابه؛ لأن المسلم ما يستحق من الركاك والمعادن يستحقه بالإصابة، لا بالشرط، ألا ترى أنه لو أصابه بعير إذن الإمام كان له ذلك، وإذا لم يكن الاستحقاق بالشرط لا يعتبر شرط الإسلام؛ لأنه شرط لا يقتضيه شرعاً، فإن القياس يقتضي أن يكون الكل للواجد، إلا أننا أوجبنا الخمس بالشرع، وماراد على ذلك لا شرع فيه، فهو باقٍ على أصل القياس بخلاف الحربي المستأمن؛ لأن استحقاقه بشرط شرطه الإمام، فلا يستحق أكثر من المشروط.

واستدل في السير الكبير بفصل، وهو أنه قال: لو أرسل الإمام جنداً من المسلمين إلى دار الحرب على أن لهم الصف مما أصابوا والصف الآخر لجماعة المسلمين، فأصابوا عيانه، خمس ما أصابوا والباقي كله لهم، فكان شرط الإمام باطلاً؛ لأن شرط الإمام شرط لا يقتضيه الشرع.

[ما يجب في جواهر البحر]

(١٣٨٨) قال: ولو أن الحربي المستأمن أصاب من بحر المسلمين لؤلؤاً كثيراً، أو عيراً، أو أصاب معدن جوهر، أو فروع، فأصاب منه شيئاً كثيراً، وذلك بعير إذن الإمام فهو له، ولا خمس فيه، أمّا اللؤلؤ والعير فلاه يستخرج من البحر، وما في البحر لا يكون عيمة، ألا ترى أن المسلم لو أصاب ذلك، لا خمس فيه، وإذا لم يكن عيمة كان بمنزلة السمك والصيد، وهذا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه لا

خمس في اللؤلؤ والعنبر عدهما، أما عبد أبي يوسف رحمه الله: لو أصابه المسمون بخمس، فكان له حكم العيمة، فيؤخذ كله من الحرير وخمسه من المسلم، وأما العنبر ورح جزء من لأرض إلا أنه لا يطبع بالنار، فكان بمنزلة الحجر، ولا خمس في الحجر، وإذا لم يكن فيه خمس لا يكون عيمة، ويكون كله للحرير المستأمن كالصيد الذي يصيبه في دار الإسلام^(١).

احتج أبو يوسف رحمه الله بما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه سئل عن العنبر واللؤلؤ يستخرج من البحر فقال: فيه الخمس^(٢)، ولأن الدنيا برّ وبحر، فيجب الخمس فيما يصاب من نفس البحر؛ لأن البحر وما فيها تحت تصرفهم، ثم صارت في أيديها، فيكون ما فيه مغنوماً، ومن حكم العيمة وجوب الخمس فيها، بخلاف السمك؛ لأنه صيد البحر فلا يجب فيه الخمس؛ لأنه متولد من الماء، ولا خمس فيما يصاب من الماء عرّ أو هان، فكذلك في المتولد من الماء، بخلاف العنبر واللؤلؤ؛ لأنه ليس بمتولد من الماء، بل شيء مودع في البحر، كالذهب والعصاة في الجبال.

١ - العنبر والتاريخية ٣٤٣/٢، والعنبر الهدية ١١٨٥/١ والعنبر الخافية ٢٧٧/١.

٢ - قال الزبيدي، قوله: روي أن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر، قلت: عريب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وإنما هو عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه، رواه عبد الرزاق في مصنفه ٦٥/٤، رقم ٦٩٧٩، (نصب الرابة ٣٩٧/٢).

وأبو حيفة ومحمد رحمهما الله احتجا بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن غير أو عبيرة يوجد على ساحل البحر قال: "لا خمس فيه، إنما هذا شيء دسره البحر" أي جمعه وأحكم جمعه^(١)، قال الله تعالى: ﴿وَدُسِّرَ تُخْرِي بِأَعْيُنَا﴾^(٢)، أراد به إحكاماً فيه ضمّ، فعلى هذا، قال بعض مشايخنا رحمهم الله: إن العبيرة من ريد البحر، فإن الأمواج لما تلاطمت، هاج الريد، ولا يزال يصرب الرياح بعضها على بعض حتى يمتلئ ما صفا من الريد، ويعقد غيراً، ثم يجمد، فيقذفه الماء إلى الساحل، ويذهب ما لا يتنع به من الريد جُفَاءً وإليه أشار جَلَّ وَعَسَّرَ

١ - الصحيح للبخاري، كتاب الزكاة، باب ما يستخرج من البحر ٢٩٢/١ وموسوعة عبد الله بن عباس ٣٧٢/١ وتلخيص الخمر ١١٧٧/٢ وفي المجموع وشرح المذهب للنووي وحكي ابن المنذر وغيره عن الحسن البصري وعمر بن عبد العزيز والزهري وأبي يوسف وإسحاق بن راهوية أنهم قالوا يجب الخمس في العير، قال الزهري وكذلك اللؤلؤ وصح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ليس في العير زكاة، إنما هو شيء دسره البحر (٦/٥-٦)، كتاب الزكاة، باب زكاة الذهب والفضة.

وأخرجه الشافعي في الأم عن ابن عباس قال ليس في العير زكاة، إنما هو شيء دسره البحر، أي دفعه الموج وألقاه إلى الشاطئ، فلا زكاة فيه، وأخرجه البيهقي من طريق الشافعي ١٤٦/٤ (المجموع للنووي ٦/٦) طبع دار الفكر بيروت، سن ١٩٩٦ م، تحقيق الدكتور محمد مطرجي.

٢ الآية هكذا: ﴿وَحَمَلْنَاهُ عَلَىٰ دَاتِ الْأَوَاحِ وَدُسِّرَ تُخْرِي بِأَعْيُنِنَا جَرَءٌ لَّمْ يَكُنْ كَانٌ

كُفْرٌ﴾ [سورة القمر: ١٣-١٤]

﴿ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي السَّيِّدَةِ ۚ ﴾^(١)

فإن كان الأمر كما قالوا فلا خمس فيه؛ لأنه من الماء، وليس فيما يصاب من الماء في أيديهم خمس، عزّ أوهان، فكذا ههنا^(٢).

وبعضهم قالوا: العير حشيش في البحر يأكله السمك، هكذا روى ابن رستم عن محمد رحمه الله في نوادره: فيمن اشترى سمكة فوجد في بطنها عيرة، قال: هي "للمشتري"؛ لأنه حشيش، يأكله السمك، فإن كان كذلك فلا خمس فيه، كما في حشيش البحر.

وقال بعضهم: هو روث دابة من سكان البحر، لها رائحة طيبة كما يكون لبعض الطماء في البر، لها نافحة يعوح بها رائحة طيبة، فإن كان الأمر كذلك فلا يجب فيه الخمس، كما لا يجب فيما يصاب من السمك، والمعنى ما أشار إليه محمد رحمه الله في المبسوط: أنه لا خمس فيها؛ لأنه بمنزلة السمك، والسمك بمنزلة الماء، وما كان بمعنى الماء، يكون ملحاً به، ولا خمس في الماء، فكذا ما كان ملحاً به، واللؤلؤ والعير بمعنى الماء؛ لأنه لا يطبخ بالنار فيكون ملحاً بالماء^(٣).

١ - [الرعد: ١٧]

٢ - انظر للتفصيل، بدائع الصائغ للكاساني ١٠٢/٢

٣ - وفي مجمع الأهرار (وعبر) عند الطرفين وعند محمد: إنه في البحر بمنزلة الحشيش في البر وقيل صمغ شجر، وقيل: ريد البحر، وقيل حشى القير البحري، وقيل: روث عيره، وقيل: دابة، قال ابن سينا الكل بعيد، والحق أنه من بحر من غير في البحر ويطفو، ويرمي بالساحل كما في الفهستاني، وكذا لا شيء فيما استخرج من البحر ولو ذهباً أو فضة؛ لأن قعر البحر لم يرد عليه =

(١٣٨٩) وإن استخرج الذهب، والعصه من البحر، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في المبسوط: أنه لا رواية لهذه المسألة عن أصحابنا رحمهم الله؛ ولكن لا شك أن على قول أبي يوسف رحمه الله: يجب فيهما الخمس؛ لأنه أوجب في العبر واللؤلؤ، فلأن أوجب في الذهب والفضة كان أولى وأحرى، وعلى قولهما فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، قال بعضهم: لا يجب الخمس وقال بعضهم: يجب^(١).

[حكم الزنبق والقيز والنفط]

(١٣٩٠) وفي الرثق إذا أصيب في المعدن يجب الخمس فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجب فيه شيء وقال أبو يوسف رحمه الله في الأملي: كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً: بأنه لا يجب فيه الخمس، ثم رجع وقال: يجب فيه الخمس^(٢).

(١٣٩١) والمدار في هذه المسألة على هذا الحرف، إن كان مما يقطع بالنار يكون ملحقاً بالذهب، والعصه، والرصاص، والحديد وإن

القهر، فلا يكون المأخوذ منه عيمة، فلا يكون فيه الخمس (وعند أبي يوسف بالعكس) أي لا يحتمل رثق ويحتمل لؤلؤ وغيره في الأصح (١/٣١٦-٣١٧).

١ الدر المنقى وجمع الأهر في شرح ملتقى الأبحر ١/٣١٦ وبدايع الصنائع للكاساني ١٠٢/٢.

٢ - مجمع الأهر ١/٣١٦ والفتاوى الهديّة ١/١٨٥؛ وبدايع الصنائع ١٠٢/٢.

كان مما لا يطيع بالنار يكون ملحقاً بالأرض، أو الماء، وبأيهما ألحق لا يجب فيه الخمس^(١).

(١٣٩٢) وهكذا نقول في القبر، والمقط^(٢).

(١٣٩٣) قال: رجل نقتل مكان المعدن من السلطان، فاستأجر فيه أجراً يستخرجون منه أموالاً، تكون تلك الأموال للمستأجر؛ لأن عمل الأجير مقول إلى المستأجر؛ لأنه عمل بأمره فيكون عمله له، ولو عمل هو بنفسه كان يؤخذ منه الخمس، وأربعة أخماسه له، كذا هذا^(٣).

(١٣٩٤) قال فإن جاء قوه بعير أمره لم يستأجرهم وعملوا في ذلك المكان وأصابوا مالاً، كان لهم؛ لأنه لم يوجد من المتقبل الإصابة لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الحكم؛ لأن ما في المعدن لا يصير ملكاً للمتقبل؛ لأن يد المتقبل يد الإمام، ويد الإمام يد جماعة المسلمين، وقد ذكرنا أن اليد الثابتة على سبيل العموم لا تكفي فلك المباح، وإذا لم يصير ملكاً للمتقبل بقي على أصل الإباحة، فكان للمواحد.

[ركاز دار العهد]

(١٣٩٥) قال: مسلم دخل داراً من دور أهل الحرب قد وادع المسمون أهلها على أن يؤدوا إلى المسلمين شيئاً معلوماً في كل سنة على

١ - الدر المنقى في شرح المتن في هامش مجمع الأنهر ٣١٦/١-٣١٧

٢ - الفتاوى الهندية ١٨٥/١.

٣ - مجمع الأنهر في شرح متن في الأنهر ٣١٤/١.

أن لا يجري المسلمون عليهم أحكامهم، فأصاب ركازاً، فإن وجدته في الصحراء كان له كنه، وإن وجدته في ملك واحد منهم رده عليه؛ لأن هذه دار حرب.

(١٣٩٦) لأن الدار إما تصير دار إسلام بإجراء أحكام المسلمين فيها، وحكم المسلمين غير جائز فيها بحكم تلك المودعة، فكانت هذه دار حرب، وقد ذكرنا أن المسلم متى دخل دار الحرب بأمان يجب عليه رد ما وجد في ملك واحد منهم.

قال: وإن طلبوا أن يكونوا دمة لهم يجري عليهم أحكامهم، ويأخذون منهم في السنة خراجاً معلوماً، ولم يكن المسمون^(١) طهروا عليهم. قبل ذلك، فما أصيب فيها من ركاز أو معدن، فإنه يحمس، والباقي لئدي أصابه، كما إذا أصيب ذلك في دار الإسلام؛ لأن هذه دار إسلام؛ لأن أحكام المسلمين جرت فيها، فإن وجد في ملك إنسان منهم فإنه يحمس، والباقي لصاحب ملك ذلك الموضع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: الباقي للواجد كما لو وجدته في دار الإسلام في ملك واحد من المسلمين، وأبو يوسف رحمه الله يقول: إن هذا مال مباح، فيكون لمن سقت يده إليه، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان: إن صاحب^(٢) الخطأ ملك^(٣) ذلك الموضع

١ - هكذا في نسخة "ح" وفي نسخة "أ" (فلم يكن المسلمين)

٢ - وفي نسخة "ح" لفظ غير مفروق بين (صاحب) و (الخطأ)

٣ - وفي نسخة "ح" (ملك) وفي نسخة "أ" (تلك) وأخيراً ما في نسخة "ح"

بالإحرار فيملك طاهر الأرض وباطنها، ألا ترى! أن من اصطاد سمكة في
 بطنها دُرَّةً يملكها لثبوت يده عبيهما، فإن باع السمكة لا يملك المشتري
 الدُرَّةَ^(١)

[حكم الدُرَّة]

(١٣٩٧) والصحيح أن الدُرَّة إن كانت في صدفٍ مَلَكُها، وإلا
 فهي لقطة.

وذكر في نواذر ابن رستم رحمه الله اشترى سمكة فوجد في بطنها
 لؤلؤه فهي لسائق، وإن كان في بطنها صدفة، فيها لؤلؤة فللمشتري، فكل
 شيء لا يكون غداءً للسمك فللبائع.

[الركاز في أرض الصلح]

(١٣٩٨) قال محمد رحمه الله. في "قبرس"^(٢) وهي جزيرة مرس
 جزائر البحر، أهلها يؤدّون إلى العرب شيئاً، وإلى الروم شيئاً في كل سنة،
 وهو صلح للروم و صلح للمسلمين إلا أن أحكام المسلمين لا تجري
 عليهم، فأصاب رجل من المسلمين فيها ركازاً أو معدناً، فإن أصابه من
 ملك إنسان ردّه عليه، وإن أصابه في صحراء فهو له ولا خمس فيه؛ لأن
 حكم المسلمين فيها غير ظاهر.

١ - انظر لتفصيل: بدائع الصنائع لنكاساني ٩٩/٢ - ١٠٠

٢ - قبرس بصم القاف وسكون الباء الموحدة وصمّ الراء وبعدها سين مهملة،
 جزيرة بالبحر الشامي، تقابل الاسكندرية ، استعنتها المسلمون على عهد
 عثمان رضي الله عنه.

[أزرع المسلمين في دار الحرب]

(١٣٩٩) قال: ولو أن عسكرياً من المسلمين لهم مئة وعمر، دخلوا أرض الحرب، فأقاموا فيها حتى ررع ناس منهم رروعاً، فأدركت رروعهم، فحصدوها وأخرجوها إلى دار الإسلام، فإن كان البدر الذي بدروا من بدورهم أدخلوه من أرض الإسلام فذلك الررع كله هم؛ لأن هذا ماء ملكهم، وماء الملك لملكه ولا خمس فيه؛ لأنه ليس بعيمة ولا عشر فيه ولا حراج؛ لأن العشر والحراج إنما يجب في أراضي المسلمين، وهذه أراضي أهل الحرب، وإن كان البدر الذي بدر في الأرض من حطة، أصابها من أرض العدو، فأقام على ذلك حتى حصده وداسه وأخرجه إلى دار الإسلام، فإنه يؤخذ منه مقدار البدر الذي كان من طعامه هذا، فيجعل في العيمة، والباقي له، فلا يكون انكل عيمة، وإن خرج من بدر العيمة؛ لأن هذا الرجل لا يكون أشقى حالاً من العاصب.

ومن عصب بدر إنسان، فبدره في أرض نفسه، فخرج ررع كثير، فإنه يصنع مقدار البدر المعصوب للمعصوب منه، والباقي للعاصب، فهنا أولى.

إن قيل: قد استهلك صاحب الأرض طعام العيمة، ومن استهلك طعام العيمة في دار الحرب لا يؤخذ منه شيء، قلنا: بدر الطعام في الأرض ليس باستهلاك حقيقة، ألا ترى! أن الأب والوصي يملكان بدر طعام الصبي في الأرض، ولو كان استهلاكاً لا يملكان ذلك.

(١٤٠٠) فهذا قياس الخلع^(١)، إذا أصاب واحداً من العامين الخلع، فجعله قصاعاً في دار الحرب، وأخرجه إلى دار الإسلام، فإنه يقوم الخلع معمولاً وغير معمول، فما كان من قيمته غير معمول يطرح في الغنيمة، والباقي يكون له.

(١٤٠١) فكذاك إذا أصاب جلد سمور^(٢)، فدبغه، يقوم مدبوعاً وغير مدبوع، فما كان من قيمته غير مدبوع، يطرح في الغنيمة، والباقي له، فكذاك ههنا.

١ الخلع وجمعه خلایع: شجر عارسي معرب، تنخذ من خشبه الأواني (سان العرب ٢٠٥/٤)

٢ السمور: وفي نسخة "ح" (السموم) والسمور حيوان ثديي ليلي من الفصيلة السمورية من أكلات اللحوم ينخذ من جلده فرواً ثمير ويفطر شمالي آسية (معج) (المعجم الوسيط).

الفروع الخمس

في بيان مال اللقطات والتركات

(١٤٠٢) أما بيان مال اللقطة والتركة التي لا وارث لها. اختلف العلماء رحمهم الله في أفصلية تركها على مكانها ورفعها، فالظاهر من مذهب أصحابنا رحمهم الله أن الرفع أفصل؛ لأنه لو لم يرفع رُبما تصل إليها يد حائثة، وبعض المتقدمين من أئمة التابعين رحمهم الله قالوا: الترك أفصل؛ لأن صاحبها يطلها في المكان الذي سقطت منه، فإذا تركها وصلت إليها يد المالك، ومن العلماء من قال: إن كان الرجل عدلاً يأمن على نفسه الخيانة، فالرفع أفصل، وإن كان لا يأمن، فالترك أفصل^(١)

(١٤٠٣) ثم ما يحده إن كان مال يعدم أن صاحبه لا يطله كاسواة المتفرقة، وقشور الرمان في مواضع متفرقة، له أن يأخذها ويستمتع بها، إلا أن صاحبها إذا وجدها في يده بعد ما جمعها فله أن يأخذها، ولا يصير ملكاً للأحد^(٢)، هكذا ذكر شيخ الإسلام والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي؛ لأن إلقاء هذه الأشياء في الطرق إذن بالأحد وإباحة عادة وليس بتمليك؛ لأن التمليك من المجهول لا يكون، والإباحة لا تريل ملك المبيع.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح كتاب الدبائح: ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمعها، وكذلك الخواب في النقاط السابل، فإن كان

١ - انظر للمصنّف في هذا الباب: الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٢.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٣.

الرامي حالة الرمي قال: "فبأخذه من يشاء" لا يكون له أن يأخذه بعد ذلك من الأخذ بلا خلاف^(١).

وتأويل هذا: إذا قال ذلك لأقوام معلومين، ذكره الشيخ الإمام الفقيه أبو الليث رحمه الله في فتاواه في كتاب الهبة والصدقة، أما إذا لم يقل ذلك، يكون للرامي أن يأخذه بعد ذلك. وإن لم يقل ذلك لأقوام معلومين^(٢).

قال: وإن كان شيئاً يعلم أن صاحبه يطلبه كالذهب والفضة وأشباههما، له أن يأخذها، ويحفظها ويعرفها حتى يوصلها إلى صاحبها. وقشور الرمان والنواة إذا كانت محتمة فهي بهذه المثابة؛ لأن صاحبها إذا جمعها فإظهار أنه ما ألغاه، إنما سقطت منه^(٣).

(١٤٠٤) واختلما في تعريف اللقطة، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: أدى ما يكون من التعريف أن يُشهد عند الأحد ويقول: أحدها لأردّها، فإن فعل ذلك ثم لم يعرفها بعد ذلك كفاء، ومن المشايخ من قال: يعني أن يأتي عني باب المسجد ويأدي بذلك، ومن المشايخ من قال: يكفيه بالإشهاد أن يقول: "من سمعتموه يشهد لقطعة فدلّوه عليّ"^(٤)

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٣-٥٨٤.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٣-٥٨٤.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٥ والفتاوى الهدية ٢/٢٩٠.

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٨٩.

(١٤٠٥) قد ذكر محمد رحمه الله في الكتاب: يعرفها حولاً ولم يفصل

بين القليل والكثير، وعن أبي حنيفة رحمه الله: فيه روايتان، وروى الحسن عنه في
المجرد: إن كانت مائتي درهم وما فوقها يعرفها حولاً، وإن كان أقل من ذلك
إلى عشرة، يعرفها شهراً، وإن كانت أقل من عشرة يعرفها ثلاثة أيام، وروى
محمد رحمه الله: إن كانت عشرة وما فوقها يعرفها حولاً، وإن كانت أقل من
عشرة يعرفها على حسب ما يرى، وروى الحسن عن أصحابها رحمهم الله: إن
كانت مائتي درهم فصاعداً يعرفها حولاً، وإن كانت عشرة فصاعداً يعرفها
شهراً، وإن كانت ثلاثة فصاعداً يعرفها عشرة، وإن كانت درهماً فصاعداً
يعرفها ثلاثة، وإن كانت دافئاً يعرفها يوماً، وإن كانت دون ذلك ينظر بمئة
ويسرة ويضعها في كفتٍ فقير^(١).

والشيخ الإمام العقيـة أبو جعفر رحمه الله كان يقول: إذا بلغ مائلاً
عظيماً بأن كان كيس فيه ألف درهم أو مائة دينار، يعرف ثلاثة أحوال،
وكان القاضي الإمام سيف السمة أبو علي السعفي رحمه الله يحكي عن
أستاذه الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله: أنه كان يروي عن
محمد رحمه الله: يعرف اللقطة ثلاث سبب قل أو كثير.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة المرحسي رحمه الله يقول: شيء من
هذا ليس بتقدير لارم، بل الواجب عليه أن يبي الحكم على غالب الرأي،
ويعرف القليل والكثير إلى أن يعطى على رأيه أن صاحبه لا يطله بعد ذلك^(٢).

١ - العناوى التاتارخانية ٥/٥٨٩-٥٩٠.

٢ - انظر حول الموضوع بدائع الصنائع للكاسبي ٦/٢٠٢.

(١٤٠٦) ثم على قول من قلّ مدة التعريف محول أو أكثر اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يعرفها كل جمعة، وبعضهم قالوا: كل شهر وبعضهم قالوا: كل ستة أشهر^(١).

(١٤٠٧) وهذا كله إذا كانت اللفظة شيئاً يقي، فإن كانت شيئاً لا يقي، يعرفها إلى أن ينتهي إلى وقت يحشى عليها الفساد، ثم بعد مضي مدة التعريف لو لم يظهر لها مالك يدفعها إلى الإمام، هكذا ذكر في البواهر، ولم يذكر في المسروط أن الملتقط يدفعها إلى الإمام، ثم إذا دفعها إلى الإمام كان الإمام بالخيار: إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل^(٢).

(١٤٠٨) فالخلاص: أن الإمام نصب ناظراً للمسلمين فيعمل ما رآه أصبح في حق صاحب اللفظة، إن شاء عجل صدقتها على الفقراء، وإن شاء أقرصها من رجل موثوق مليّ، وإن شاء دفعه مصاربة وإن شاء ردّها على الملتقط، فالملتقط بالخيار أيضاً إن شاء أمسكها حتى يظهر لها طالب، وإن شاء يصدقها على الفقراء، وإن شاء باعها وأمسك ثمنها إن لم يكن دراهم أو دنانير، فإن تصدّق وحصر صاحبها فله الخيار، إن شاء نقد الصدقة، وإن شاء لم يُجر الصدقة، وعند عدم الإحارة إن كانت قائمة في يد الفقير أحدها منه، وإن كانت هالكة إن شاء صمّن الفقير، وإن شاء صمّن الملتقط، فإن قيل:

١ - البصوى التاتارخانية ٥/٥٩٠

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩١.

يبغي أن لا يصمّر الملتقط؛ لأنه تصدّق بإذن الشرع قلنا: الإذن يسقط
الإثم^(١)، أما لا يسقط عصمة ملك المالك.

وحكي عن الشيخ القاضي الإمام أبي جعفر رحمه الله يقول: ما ذكر
محمول على ما إذا تصدّق بعير أمر القاضي، أما إذا تصدّق بأمره فليس له أن
يصمّر الملتقط، فإن كان الملتقط فقيراً يحلّ له أن ينمقها على نفسه بأمر
القاضي، أما لا يحلّ بعير أمر القاضي عند عامة العلماء رحمهم الله، وقال بشر
رحمه الله: يحلّ^(٢).

(١٤٠٩) وإن باع القاضي اللقطة، أو باع الملتقط بأمر القاضي، لم يكس
لصاحبها إلا النمس؛ لأن البيع بعد بولاية شرعية، وإن باعها بعير أمر القاضي ثم
حصر صاحبها وهي قائمة في يد المشتري كان له الخيار: إن شاء أجاز البيع
وأخذ النمس، وإن شاء أخذ عين ماله؛ لأن هذا بيع صدر لا عن ولاية شرعية
فيتوقف، وإن هلك في يد المشتري فالمالك بالخيار: إن شاء صمّر البائع،
وعند ذلك يعد البيع في ظاهر الرواية، وبه أخذ عامة المشايخ رحمهم الله، وفي
رواية يبطل البيع، وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله^(٣).

(١٤١٠) وفي الوديعة: إذا باعها المودع وسلمها إلى المشتري فهلك
في يد المشتري، ثم إن المالك صمّر البائع، لم يعد البيع، باتفاق الروايات،

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩١-٥٩٢.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٣.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٣.

هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في المبسوط، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرحه: أن بيع المودع ينعد من جهته كبيع الملتقط، وأشار إلى المعنى الجامع وقال: الملتقط حين رفعها يبيعها بغير أمر القاضي صار صامساً، فيستند منه إلى تلك الحالة فيعد بيعه والمودع كذلك.

وإن شاء صمّ المشتري، ورجع بالثمن على البائع، وحق استرداد القيمة من يده بمغزلة استرداد العين من يده^(١).

(١٤١١) قال: إذا هلك اللقطة في يد الملتقط إن أخذها ليردها على المالك، وأشهد عبد الأحد، لا ضمان عليه؛ لأن الأخذ على هذا الوجه مدبوب إليه، فلا يصلح سبباً للضمان، وإن أخذها ليردها على المالك إلا أنه لم يشهد على ذلك؛ لكن صدقه المالك أنه أخذها ليردها على لا ضمان عليه، وإن كذبه المالك في ذلك فالقول قول الملتقط مع يمينه عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأن الظاهر شاهد له، وهو "مباشرة ما هو حلال" وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: القول قول صاحب اللقطة؛ لأن الأصل في عمل آخر أن يكون لنفسه ما لم يقدّم دليل يدل على العمل للغير، فإذا ترك الإشهاد علم أنه فعل لنفسه لا لغيره، وإن هلك قبل أن يصيب إليها صاحبها، أو استهلكها غيره فلا ضمان عليه؛ لأن الأحد ليردها على المالك لا يصلح سبباً للضمان^(٢).

(١٤١٢) قال: وجد لقطة في طريق، أو مفارقة، ولم يجد أحداً يشهده عليه عبد الأحد، يشهد إذا ظهر من شهد عليه، فإذا فعل ذلك لا يضمن، وإن

١ - الفتاوى التتارخانية ٥/٥٩٣-٥٩٤.

٢ - الفتاوى التتارخانية ٥/٥٩٤-٥٩٥.

وجد من يُشهدده ولم يُشهد حتى جاوره صمن؛ لأنه ترك الإشهاد مع القدرة^(١).

(١٤١٣) فإذا التقط لقطة ليصرفها إلى نفسه، ثم ردها إلى مكانها الذي وجدها فيه، فلا صمان عليه، وإن هلك قل أن يصل إليها صاحبها، أو استهلكها غير المتلقط، قال الحاكم الشهيد رحمه الله في إشارته: إن ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا أعادها إلى مكانها قل أن يحولها عن ذلك المكان، أما إذا أعادها بعد ما حولها صمن، وإليه ذهب الشرح الإمام الفقيه أبو جعفر رحمه الله. وروي عن محمد رحمه الله أنه إذا مشى خطوتين، ثم ردها فوضعها في الموضع الذي أصابها فيه، بريء عن الصمان، وإن أخذها لنفسه ثم ردها إلى المكان فهو صامن؛ لأنه صار صاماً بالأحد فلا يبرأ إلا بالرد على المالك والإعادة إلى المكان ليس برد عليه؛ ألا ترى! أن من عصب من آخر دابة، ثم ردها على مالكها، فلم يحده وربطها على آربها^(٢) يصمن^(٣).

وفي المتقى: عن أبي يوسف. أنه إذا ردها إلى مكانها من غير أن ذهب بها، فلا صمان عليه من غير فصل، وإذا ذهب بها ثم ردها صمن على كل حال.

وقيل: إذا اعتقد مع الإشهاد أنه يأخذ لنفسه، فهو صامن فيما بينه وبين الله تعالى، وإذا اعتقد التعريف مع ترك الإشهاد، فلا صمان عليه.

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٥.

٢ - الآري هو عصب الدابة، جمع أوارى (لسان العرب).

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٦.

وقيل: هذا التفصيل فيما إذا أخذها لنفسه، أما إذا أخذها ليعرفها فلا ضمان عليه من غير تفصيل^(١).

(١٤١٤) قال في المتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله في رجل التفت لقطعة، وصاعت منه، ثم وجدها في يدي رجل آخر، فلا خصومة بينهما؛ لأن يد الثاني كيد الأول في الحفظ، بخلاف المستودع، والفرق: وهو أن المستودع مأمور بالحفظ من جهة المالك فكان مأموراً بالاسترداد والخصومة؛ لأنه لا يتهيأ له إلا بالاسترداد، ولا كذلك الملتقط^(٢).

قال: وإذا وجد الرجل لقطعة، وهي دراهم أو دنانير، وجاء آخر وادعى أنها له، وسمى وزمها وعددها، فلم يصدقه الملتقط فعلى قول مالك رحمه الله. يجبر على دفعها إليه، وعلى قول علمائنا رحمهم الله: لا يجبر، بل له الخيار: إن شاء دفعها، وإن شاء أبى، حتى يقيم الية، فإن دفعها أحد مه كعياً نظراً لنفسه، وإن صدقه دفعها إليه^(٣).

ولم يذكر محمد رحمه الله في المسوط: أنه إذا أبى هل يجبر على الدفع؟ وقد اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: لا يجبر قياساً على الوديعة: إذا جاء رجل وقال أنا وكيل المودع في استرداد الوديعة منك، فصدقه فلا يجبر على الدفع؛ لأنه أقرب بحق القبض في ملك الغير فكذا هذا^(٤).

١ - لفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٦.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٧.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٧.

٤ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٧.

وبعضهم قالوا: يحجر، بخلاف الوديعة، والفرق: أن "الملك لغير الذي حصر" ظاهر في الوديعة، أما في اللقطة ليس بظاهر ملك الغير، ثم إذا دفعها إليه في هذه الصورة فحاء آخر، وأقام بيّنة أنها له، إن كان الغير قائماً في يد القابض يقضى للمدعي، وإن كان هائكاً كان المدعي بالخيار في التصمين فإن صمّن القابض لا يرجع هو على الملتقط^(١).

وإن صمّن الملتقط، ذكر هذه المسألة في كتاب النقطة في موضعين قال في موضع: يرجع، وفي موضع: لا يرجع، قال: صاحب المحيط: الأصح أن في المسألة روايتين، واعتمادي على رواية الرجوع^(٢).

(١٤١٥) قال: وإذا وجد شاة أو بقرة أو بعيراً، وحسبها، وأمنق عليها في مدة التعريف ثم جاء رجل، وأقام بيّنة أنها له لم يرجع عليه بما أمنق إلا إذا كان الإنفاق بأمر القاصي، وإذا رفع الأمر إلى القاصي، فالقاصي لا يأمره بالإنفاق ما لم يُقم بيّنة أنه التقطها نظراً للمالك، فإن قال: لا بيّنة لي، فالقاصي يقول له: أمنق عليها إن كنت صادقاً، فإن كان صادقاً يرجع، وإن كان كاذباً^(٣).

فإن أقام بيّنة عند القاصي يأمره بالإنفاق يومين، أو ثلاثة أيام، ثم بعد هذا إن كانت اللقطة شيئاً يمكن إيجارته، يؤجر ويمنق عليها من الأجر، وإن

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٩٧٥.

٢ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٩٧٧.

٣ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٩٨٥.

كانت شيئاً لا يمكن إيجارها باعها القاصي بنفسه، أو أمر الملتقط بالبيع وأعطى الملتقط من الثمن، أنفق بأمره، وإن لم يبعها حتى جاء صاحبها وأقام بيعة وقضى بها القاصي له، وقضى عليه بما أنفق الملتقط كان للملتقط أن يحبسها منه حتى يعطيه ما أنفق^(١).

وهذا لا يشكل فيما إذا أمر بالإتفاق على أن يكون ديباً على صاحبها، أمّا إذا لم يشترط ذلك، فظاهر ما ذكر في الكتاب يقتضي الرجوع، قال شيخ الإسلام رحمه الله: يجب أن يكون في المسألة روايتان^(٢).

وفي المتن: إذا قال الرجل: وجدت لقطة وصاعت في يدي وقد كنت أخذتها لأردّها، وأشهدت بذلك وكان الأمر كما قال، إلا أن صاحبها يقول: ما كانت لقطة، فإن وصعتها لنفسه لأرجع وأحد، فإن كان في موضع ليس بقربه أحد، أو كان في طريق، أو معارة، فالقول قول الملتقط إذا حلف أمّا صاعت عبده، وإن قال صاحبها أخذتها من مثلي، وقال الملتقط أخذتها من الطريق، صم، وإن وجدها في دار قوم أو في دهليزهم، أو في دار فارعة، صم إذا قال صاحبها: وصعتها لأرجع^(٣).

وذكر في الميسوط: إذا قال المالك: أخذت مالي عصاً، وقال الملتقط: كنت لقطة، أخذتها لك، فالملتقط صام من غير تعصيل.

١ - الفتاوى التاتارخانية ٥/٥٩٨.

٢ - انظر مسألة نفقة الحيوانات: بدائع الصانع ٦/٢٠٣.

٣ - الفتاوى الهندية معرباً إلى خرافه المفتين ٦/٢٩٢.

(١٤١٦) قال. وإذا كانت النقطة في يد رجل، فادعها رجل، وأقام
البينة أو أقرّ الملتقط بذلك، لكن امتنع عن ردّها إلا عند القاضي، فله ذلك،
فإن هلك في يده عند ذلك فلا ضمان عليه.

(١٤١٧) قال: إذا كانت النقطة في يدي مسلم، وأقام المدعي على
ذلك شاهدين كافرين، لا يقبل هذه الشهادة، وإن كانت في يد كافر وباقى
المسألة بحالها، فكذلك قياساً لاحتمال أنها ملك مسلم.

وفي الاستحسان: يقل؛ لأن المستحق بهذه الشهادة في الحال إنما هو
صاحب اليد، واليد للكافر، فأما توهم الملك للمسلم فمعارض بذلك، فتعارض
الموهومان، فسقط اعتبارهما، بقيت العبرة لليد، وإن كانت في يد كافر ومسلم
لم يجز شهادتهما على واحد منهما قياساً، وفي الاستحسان: جازت الشهادة
على الكافر، ويقضي بما في يد الكافر لما قلنا، وفي المتن: بشر عن أبي يوسف
رحمهما الله. سارق دفع إلى رجل متاعاً فبسي للمدفع إليه أن يتصدّق به إذا
لم يعرف صاحبه، وإن عرف ردّه عليه وهو مأجور^(١)

[مصارف بيت المال]

(١٤١٨) وأما بيان مصارف هذه الأموال فقد ذكرنا: أن حقوق^(٢) المائسة
التي إلى السلطان أحدها، أربعة:

منها: ركة السائمة، وركاة التجارة التي يمرّ بها المسلمون في الطريق،
ومنها: عشر الأراضي.

١ - الفتاوى الهندية وقال: كذا في المحيط ٢/٢٩٢.

٢ - هكذا في النسخ الثلاث.

ومنها: الخراج وما يجري محراه من الجزية، وصدقات بني تغلب وما يأخذ العاشر من أهل الدمة، وأهل الحرب.

ومنها: خمس العيمة والمعادن والركاز والكور وما يجري محراه من النقطة، والركة التي لا وارث لها، وقد ذكرنا: أن بيت المال أربعة: بيت مسال الركاة، والعشور، والكفارات؛ وبيت مال الخراج والجزية، وصدقات بني تغلب، وما يأخذ العاشر من الكفرة؛ وبيت مال خمس العائم؛ وبيت مال اللقطات والتركات^(١).

وإنما جمعنا بيوت المال أربعة؛ لأن لكل مال منها حكماً يختص به لا يشاركه مال آخر؛ لأن مال الصدقات، وعشور الأراضي، مصروفة إلى المذكورين في قوله تعالى ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾^(٢)، لا غير، ولا يجوز صرفها إلى المفاتنة إذا كانوا أعباء، ولا إلى انفصاة والمعتيرين والمدرسين إذا كانوا أغنياء، ولا إلى فقراء بني هاشم.

وإذا كان للركاة وعشور الأراضي حكم لا يشاركه الخراج، فلماذا يجعل للركاة وعشور الأراضي بيت على حدة.

وكذلك يجعل للخراج وما يجري محراه من الجزية، وصدقات بني تغلب، وما يأخذ العاشر من الكفرة، بيت مال على حدة؛ لأن حكم هذا المال في المصروف يخالف بيت مال الصدقات، وبيت مال خمس العائم والمعادن

١ - الفتاوى التتارخانية ٢/٣٤٣.

٢ - [التوبة: ٦٠]

والركار؛ لأن الحراج وما يجري مجراه يصرف إلى المقاتلة وإلى من قرع نفسه لصالح عامة المسلمين كالقصة والمفتين والمدرسين والمتعلمين والمؤدبين، وإلى عمارة ما يعود منفعته إلى عامة المسلمين نحو سدّ الثغور، وعمارة الجسور، والرباطات والمساجد، وكري الأتار، وقد استقصيا في بيان هذه المصارف وتوابعها ولوارمها في مواضعها، فلا يعيدها مرة أخرى.

وأما خمس العائم والمعادن والركار، فمصرفها خلاف مصرف الزكاة والعشر والحراج والحرية، فإن الخمس يصرف إلى فقراء المسلمين، الهاشمي وغيره في ذلك سواء، ولا يصرف إلى نواب المسلمين، وإلى من قرع نفسه لصالح المسلمين، ثم خمس العائم عند علمائنا رحمهم الله مقسومة على ثلاثة أسهم، على اليتامى، والمساكين، والسبيل لقوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾^(١) الآية وسهم الله وسهم الرسول واحد، ويدخل فقراء ذوي القربى فيه، ويقدمون، ولا يدفع إلى أعيانهم شيء^(٢).

(١٤١٩) وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في المسبوط اختلافاً بين أصحابنا رحمهم الله قال الكرخي رحمه الله إنما يسقط بوفاته هذا السهم في حق الإعياء منهم دون الفقراء، والطحاوي رحمه الله كان يقول: بأنه يسقط فيهما، وكان الشيخ الإمام أبو بكر الرري رحمه الله

١ - (الأنفال: ٤١)

٢ - الدر المنتهى في شرح الملتهى مع مجمع الأثر ١/٣٢٤-٣٢٥؛ والفتاوى الهدية ٢/٢١٤.

يقول: لم يكن هذا السهم مسحاً بالقراءة، بل كان لرسول الله عليه السلام أن يصرفه إليهم مجازةً على البصرة التي كانت منهم، ولم يبق ذلك المعنى بعد وفاته عليه السلام، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في طريقته. أنه كان ثاباً لفقرائهم على سبيل الخوار، لا على سبيل الاستحقاق، فعلى هذا ما كان ثاباً حال حياته يبقى بعد وفاته، وعند الأكثرين من المشايخ رحمهم الله: كان ثاباً لأعيانهم وفقرائهم على السوية، ثم سقط بموته، فعلى هذا، سهم ذوي القربى ساقط بوفاة النبي عليه السلام.

(١٤٢٠) وقال الشافعي رحمه الله: يقسم الخمس على خمسة أسهم، ثلاثة على نحو ما قلنا، وسهم الله وسهم رسوله يصرف إلى الخليفة، فيصعه في مصالح العامة كسد الثغور، وأوراق القضاة، وغيرها.

(١٤٢١) ومن أصحابه من قال يصرف سهم رسول الله إلى الإمام، لأنه حليفته وسهم من ذلك لذوي القربى، وهم المدلولون بقراءة رسول الله ﷺ كني هاشم وبي المطب دون غيرهم من بني عبد شمس وبي نوفل^(١)، يشترك في ذلك أعيانهم، وفقراؤهم، والنساء، والرجال، والصغير، والكبير، والخاصر في ذلك الإقليم، والعائب، ويعضل الذكر على الأنثى، لأنه مستحق بالقراءة كسائر الميراث.

١ - انظر حول الموضوع. "النسب المختار ورد المختار" ٢٤٤/٦-٢٥١، كتاب الجهاد، باب المعظم وقسمته.

وانظر: مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر ٤٣١/٢ ٤٤٠، كتاب السير والجهاد.

(١٤٢٢) وقال المرئي^(١) رحمه الله^(٢): يستوى كالوصية للأقارب، فإن لم يكن، ينتقل الحق إلى بني عبد شمس، ثم إلى بني نوفل؛ لأن عبد شمس أحـو هاشم من أبيه وأمه، ونوفل أخوه من أبيه، ثم يعطى بني عبد مناف، ثم بني عبد العزى وعد الدار، ويقدم عبد العزى على عبد الدار، وعلى هذا حتى تنقضي قريش، ثم يقدم الأنصار على سائر العرب، ثم العجم، وإذا تساوت المراتب، قدم بالسب أو بالسبق إلى الإسلام، وهو القياس^(٣).

(١٤٢٣) وأما مال اللفظة والتركات فقد جعلنا له بيتاً على حدة؛ لأنه ربما يطهر لها مستحق فيجب صرف ذلك بعينه إليه.

(١٤٢٤) ومال اللفظة والتركات مصروفة إلى نواب المسلمين: نحو معالجة المرضى إذا كانوا فقراء، وتكميل الموتى الذين لا مال لهم، وبفقه اللقيط، وعقل جانيته، وما أشبه ذلك^(٤).

-
- ١ - المرئي (١٢٧٥-٢٦٤هـ = ٧٩١-٨٧٨م) إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المرئي صاحب الإمام الشافعي من أهل مصر. كان راهباً، عالماً، مجتهداً، قويّ الحجة، وهو إمام الشافعيّين، من كتبه "المجامع الكبير"، و"المجامع الصغير"، و"المختصر - ح"، و"الترغيب في العلم" نسخته إلى مريّة (من مصر)، قال الشافعي رحمه الله المرئي ناصر مذهبي، وقال في قوة حجّته: لو ناظر الشيطان لعلمه (الأعلام للزركسي ٣٢٩/١، وطبقات الشافعية لتقي الدين ابن القاضي ٥٨/١-٥٩، والجوامع البراهرة ٣٩/٣، ووجيّهات الأعيان ١٩٦/١، وكشف الطبول ٤٤، ١٦٣٥، ٢٠٠٠).
- ٢ - انظر حول الموضوع: "الدر المختار ورد المحتار" ٢٤٤/٦ ٢٥١، كتاب الجهاد، باب المعصم وقسمته.

- انظر مجمع الأعراف في شرح منقّى الأئمة ٤٣١/٢-٤٤٠، كتاب السير والجهاد.
- ٣ - انظر التاتارخانية حكاية عن السعافى، الاختلاف بين الكرخي والطحاوي وابن مذهب الشافعية رحمهم الله (التاتارخانية ٣٢٠/٥).
- ٤ - الفتاوى الهدية ١٩١/١.

[استقراض الإمام من أحد بيوت بيت المال للآخر]

(١٤٢٥) ولو كان في بعض بيوت هذه الأموال مال، ولم يكن في بعضها شيء كان للإمام أن يستقرض مما فيه المال فيصرف إلى مصرف بيته عند الحاجة حتى أنه إذا لم يكن في بيت مال الخراج مال، فإنه يستقرض من مال بيت مال الصدقات، ثم إذا وصل إليه مال الخراج يرد على بيت مال الصدقة مثل ما أخذ؛ لأن مال الصدقات غير مصروفة إلى نواب المسلمين، فإذا صرفها بعد ما استقرضها إلى نواب المسلمين، وإلى المقاتلة الأعياء، صار ذلك قرصاً على بيت مال الخراج^(١).

(١٤٢٦) وإن لم يكن في بيت مال الصدقة شيء، واستقرض من مال بيت مال الخراج، وصرفها إلى الفقراء، ثم وصل إليه مال الصدقات لا يرد مثله إلى بيت مال الخراج؛ لأن للخراج حكم العمى، وللفقراء حظ في حقيقة العمى فكذلك فيما له حكم العمى، وإنما لم يعطهم من العمى لاستعنائهم بالصدقات، فإذا احتاجوا، صرف إليهم، بخلاف المقاتلة الأعياء؛ لأنه لا حظ لهم في الصدقات، فإذا صرف إليهم شيئاً من مال الصدقات، صار قرصاً على بيت مالهم، وإن صرف الإمام ما استقرض إلى العراة الفقراء، لا يصير قرصاً في بيت مال الخراج؛ لأن للعراة الفقراء حظاً في بيت مال الصدقات، فإذا صرف إليهم الإمام فقد أوصل الحق إلى مستحقه، فلا يصير قرصاً على المستحقين، والله أعلم بالصواب^(٢).

١ - الفتاوى الهندية ١/١٩١.

٢ - الفتاوى الهندية ١/١٩١.

الباب الرابع

وهذا الباب يشتمل على فصول:

الفصل الأول

فيما ينبغي للقاضي أن يفعل

[رد الخصوم إلى الصلح]

(١٤٢٧) قال في المسوط: ويسمى للقاضي أن يرّد الخصوم إلى الصلح ما لم يستتب فصل القضاء، وإذا استبان له فصل القضاء ذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يعني له أن يقضي، ولا يردهم إلى الصلح.

وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر راده رحمه الله في شرحه. أنه إذا طمع القاضي في صلح المتخاصمين حال استبانه وجه القضاء، ردهم إلى الصلح، ولا يقضي ما لم يئأس عن الصلح، وذكر في آخر أدب القاضي. وإذا طمع القاضي باصطلاح الخصمين فلا بأس بأن يردهم ولا يبعد الحكم عليهم، وإن أبعد القضاء من غير أن يردهم فهو في سعة منه، وإن طمع في الصلح^(١).

١ - معين المحكم للطرابلسي/٢٠، ورد المغار ٤/٤٧٨، انظر عين هـ هذه العبارة في اهدية ٣/٣٤٥.

[كيفية تعامل القاضي مع الشهود]

(١٤٢٨) وذكر في المسوط عن أبي حبيبة رحمه الله أنه قال: ويكره

للقاضي تلقين الشهود، وفي المتقى قال أبو يوسف رحمه الله لا بأس بتلقيين الشاهد إذا كان عدلاً؛ لأن من لم يتعود التكلم في مجلس القضاء يتعذر عليه البيان^(١).

(١٤٢٩) وذكر في المسوط: وإذا ارتاب القاضي في أمر الشهود فرفق

بينهم، ولا يسعه غير ذلك^(٢).

(١٤٣٠) ويسعى أن يسألهم أين كان هدا؟ ومتى كان هدا؟ وفي أي

رمان كان هدا؟ ويكون هذا السؤال بطريق الاحتياط، وإن كان لا يجب بيان هذا على الشهود، فإذا فرقهم، واحتلوا في ذلك اختلافاً يفسد الشهادة، ردّها، وإن كان لا يفسدها لا يُردّها.

(١٤٣١) ويسعى للقاضي أن لا يرد الشهادة بمجرد التهمة، وفي سواد

بن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله قال أبو حبيبة رحمه الله: إذا أقمت الشهود فرقت بينهم، ولا أتت إلى اختلافهم في لس الثياب، وعدد من كان معهم من الرجال والنساء، ولا إلى اختلاف المواضع إن كانت الشهادة على الأقوال^(٣)

١ - البرازية ٣٣/٤ ٣٤، ورد المختار ١٣٤/٤، وفتح القدير ٢٧٦/٧-٢٧٧، والبحر الرائي ٣٠٧/٦، ودرر الحكماء في شرح عمر الأحكام لملا حسرو ٤٠٦/٢-٤٠٧، وحاشية الشرنبلالي على الدرر

٢ - انظر: الجزء الثاني من صوان القضاء وعنوان الإقضاء ١٠٢/٢، رقم الفقرة ٦٣٤

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٥.

(١٤٣٢) وإن كانت الشهادة على الأفعال، فالاختلاف في المواضع

اختلاف في الشهادة فترد.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا أقيمتهم، وطنت أهم شهود الرور أفرق بينهم، وأسألم عن المواضع والثياب، ومن كان معهم من الرجال والنساء، إذا اختلفوا في ذلك فهذا عدي اختلاف فأبطل به الشهادة^(١)، وعن إبراهيم عن محمد رحمه الله في شاهدين شهدا لرجل بدار القاصي بأسألمها كيف هي له، لعله لا يقطع بشهادتهما شيئاً، فإن قال الشاهد: لا أخبرك ولا أريد على هذا، هي له، أمصبت الشهادة، قال أبو حنيفة رحمه الله ليس للقاصي أن يقول للشهود بشيء لرجل، لا يعلمونه، ابتاع أو وهب له.

(١٤٣٣) وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله إذا شهد عدد

القاصي شاهداً بدار لرجل، فله أن يسألمها عن النساء.

[تصرف القاصي في مال اليتيم]

(١٤٣٤) قال في أدب القاصي. وللقاصي أن يقرض أموال اليتامي؛

لأنه يحتاج إلى حفظ مال اليتيم، وقل ما يمكنه الحفظ بنفسه، فيحتاج إلى الدفع إلى غيره، والدفع بطريق الإقراض أنفع لليتيم من الدفع بطريق الإيداع؛ لأن الودعة إذا هلك في يد المودع، هلك من مال اليتيم، والقرض إذا هلك في يد المستقرض يهلك من مال المستقرض فهو معنى قولنا "الإقراض أنفع لليتيم"، فإذا ملك القاصي الإيداع أولى أن يملك الإقراض^(٢)

١ - انظر: مفصل هذه المسائل في الهدية ٣/٣٤٥ وشرح أدب القاصي بلصدر الشهيد

٣/٧٧-٧٨، رقم الفقرة ٦٢٠.

٢ - رد المحتار ٨/١١٠، ط دار الكتب العممية ١٤١٥، وروضة القضاة وطريق الحجة

لسماني ١/١٦٠؛ وشرح أدب القاصي للصدر الشهيد ٣/٧٧، رقم الفقرة ٦٢٠.

الكتاب الثامن والثلاثون فيما يعني للقاصي أن يعمل به

(١٤٣٥) وذكر الشيخ الإمام الأجل الأستاذ طهيز الأئمة رحمه الله في الأقضية: إنما يملك القاصي الإقراض إذا لم يجد ما يشتري به لليتيم ليكون لليتيم منه علة، أما إذا وجد لا يملك الإقراض، بل يعين عليه الشراء، قال هكذا روي عن محمد رحمه الله^(١).

وكذلك إذا وجد من يدفع إليه ماله مصاربة لا يملك الإقراض؛ لأن دفعها على سبيل المصاربة أنفع في حق الصغير؛ لأنه يحصل بها الربح للصغير، وبالقرض لا يحصل^(٢).

(١٤٣٦) وإذا أقرض يسمي أن يقرض من المولى لا من المفلس؛ لأن المال في دمة المفلس تار^(٣)، ويسمي أن يكتب على من أقرضه صكاً البتة خوفاً عن السيان كي لا يموت شيء من حق الصغير.

ويسمي أن يتفق أحوالهم في كل وقت، حتى إذا أفلس واحد منهم يسترد منه المال إذ كما لا يجوز أن يقرض المفلس لا يجوز أن يترك المال على المفلس^(٤).

١ - روضة القضاة وطريق النجاة للسماعي وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال "اسعوا في أموال اليتامى، لا تأكلوها العفة، ودفعت عائشة رضي الله عنها ما أيتام إلى مولاها "أسم" بحرفة، ١/١٦٠، رقم الفقرة ٥٦٧ و ٥٦٩، ورد المختار ٨/١١١ ط دار الكتب العلمية ١٤١٥هـ.

الفتاوى الهندية ٣/٣٤٣، انظر حول الموضوع البحر الرائق ٧/٢٣، باب مسائل شتى من كتاب القضاء.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٣.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٣.

٤ - البحر الرائق ٧/٢٣-٢٤.

قال هشام: تذاكرنا عند محمد رحمه الله في الأموال التي تجتمع عند القاضي للأيتام أي ذلك أفصل للقاضي، دفعها بوديعة أو بضمان؟ فأخبرنا أن أبا حنيفة وابن أبي ليلى وأبا يوسف رحمهم الله كانوا يرون أن يدفعها بضمان. (١٤٣٧) وليس للقاضي أن يستقرض ذلك لنفسه^(١).

(١٤٣٨) وذكر في المتقى: لو أن قاضياً باع مال يتيم بنفسه، أو أودع مال يتيم، أو باع أميه بأمره، وهو يعلم بذلك من رجل، ثم مات هذا القاضي، واستقصي غيره فشهد قوم أنهم سمعوا القاضي الأول يقول: استودعت فلاناً مال فلان اليتيم وبعث فلاناً مال فلان اليتيم بكذا وكذا، فمحمد فلان ذلك، قال يبيي أن يقل القاضي الثاني هذه الشهادة، ويأخذ المستودع والمشتري بالمال وإن لم يكن الأول أشهدهم أنه قضى بذلك؛ لأن قضاءه بذلك وقوله عليه سواء^(٢).

(١٤٣٩) قال. وإذا قصص القاضي مال يتيم أو عاثب، فوصعه في بيته ولا يعلم أين هو فهو صامس، وإن علم أنه دفعه إلى قوم، ولا يدري إلى من دفعه فلا ضمان عليه، وكذلك إذا قال القاضي: دفعت إلى ولي من أولياء الأيتام، ولا أدري إلى من دفعته فلا ضمان عليه^(٣).

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٤.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٤.

٣ - الفتاوى الهندية حكاية عن التاتارخانية ٣/٣٤٤.

(١٤٤٠) قال: وينبغي للقاضي أن يختار لليتيم وصياً من قرابته، وأهل بيته من يوثق بدينه وأمانته؛ لأن مبي الرصية على الشفقة^(١)، ومن كان بهذه النصفة يكون أشفق عليه، لكن هذا إذا كان أهدي إلى التصرفات؛ لأن تمام النظر ممن يكون أقرب إليه، وأهدي إلى التصرفات، فإن لم يكن في أهل البيت من يصلح لذلك فمن جيرانه، فإن لم يجد ذلك فيهم احتار من عشرتهم ممن يثق به^(٢).

(١٤٤١) قال: وإذا جعل القاضي لرجل وصياً في مال اليتيم جاز به من التصرفات ما يجوز للوصي من جهة الأب، إلا أن القاضي متى استثنى التصرف في العقار للوصي الذي نصبه بعمل هذا الاستثناء منه، حتى لا يملك التصرف في العقار.

والأب هو أوصي واستثنى التصرف في العقار كان له أن يتصرف في العقار جميعاً؛ لأن ولاية الأب لا تخضع للوصف بالتحرر. وإذا ثبت لغيره يثبت مطلقاً كما كان له، أما ولاية القاضي يخضع للوصف بالتحرر.

فإنه يجوز أن يكون قاصياً في شيء دون شيء، وفي مكان دون مكان فكذلك يملك إثباته لغيره.

١ - كد، في نسخة "ب" و"ج" وفي نسخة "أ" (البعقة) والصحيح ما اختاره

٢ - انظر تفصيل هذه المسألة في البحر الرائق ٢٩٦/٦

(١٤٤٢) قال: وإن جعله قَيْماً ولم يجعله وصياً لا يملك التصرف في المقول والعقار جميعاً؛ لأن القوامة عبارة عن الحفظ لا عن التصرف، والوصاية عبارة عن الحفظ والتصرف^(١)، ولو اشترى هذا القِيم شيئاً لا بد لصبي منه، فالقياس أن لا يعمد على الصبي؛ لأنه تصرف، وفي الاستحسان يعمد؛ لأنه مَوْص الحفظ إليه، والصبي إنما يبقى محفوظاً بالإتفاق عليه فكان هذا من باب الحفظ، وتام هذه المسائل يذكرها في فصل الوصاية^(٢).

[إعلام المدعى عليه بالدعوى]

(١٤٤٣) قال. وإذا أثبت الرجل حقاً عند القاضي بشهادة شهود عدول يعني أن يُعلم ذلك المدعى عليه حتى يأتي بالمرجح؛ لأن شهادة المدعي إنما يكون حجة إذا لم يأت المدعى عليه بحجة معارضة وإنما يتحقق عجزه عن الإثبات إذا أعلمه القاضي بما يقضي، وطالبه بحجة معارضة^(٣).

(١٤٤٤) ثم احتلما في إعلامه، يقول بعضهم يقول للمدعى عليه: قد ثبت هذا الحق للمدعي عليك بشهادة هؤلاء الشهود، وعُدلوا، وعرفتهم وقد ثبت عدي ذلك فاحرج عن حقه إن لم يكن لك مرجح، وإلا فأت بالمرجح.

وقال بعضهم: لا يقول هكذا؛ لأن قوله "ثبت عدي" يكون حكماً منه، لكن يقول: إن هؤلاء شهدوا عليك لهذا، وقد عدلوا، وثبت عدي

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٩

٢ - شرح أدب القاضي لنسب الشهود ١/٢٨٤-٢٨٦، رقم الفقرة ١٥٧-١٥٨

٣ - شرح أدب القاضي لنسب الشهود ٣/٧٩-٨٠، رقم الفقرة ٦٢١

شهادتهم، وعرفتهم، ووجب القضاء له عليك، فإن خرجت عن حقه، أو أثبت بالمخرج وإلا وجهت القضاء له عليك.

فإذا فصل ولم يأت في المدة التي صرب له القاضي أجلاً، وسأل الطالب أن يحكم له عليه ويسجل له بذلك سجلاً فعل ذلك، ويكتب السجل نسختين يدفع إحداها إلى الطالب، والأخرى يخلدها في ديوانه ليكون حجة له.

(١٤٤٥) وكذلك لو ثبت الحق للمدعي بإقرار المدعى عليه ينبغي أن يُعلِّمهُ أنه يقضى عليه بإقراره؛ لأنه ربما يكون قد أوفاه أو أبراه، فإن أتى بالدفع وإلا أمضى عليه ذلك كما لو ثبت بالبينة^(١).

[قول القاضي للحصين: أ أحكم بينكما؟]

(١٤٤٦) قال. وإذا أراد القاضي أن يحكم لرجل بشيء ينبغي له أن يقول للحصين: "أ أحكم بينكما؟" على وجه الاحتياط حتى إذا كان في التقليد والتقليد حلل فيصير حكماً شحكيمهما، وحكم المحكم جائز، هكذا ذكر مشايخنا رحمهم الله.

[أخذ القاضي الأجرة على أعماله]

(١٤٤٧) قال وإذا كان القاضي يتولى القسمة بنفسه، حل له أحد الأجر، ولكن الأولى أن لا يأخذ شيئاً حتى لا يذهب حشمته، وماء وجهه^(٢).

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٩٠/٣ - ٨٠، رقم الفقرة ٦٢١

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٥.

(١٤٤٨) قال: كل نكاح باشره القاضي، ومباشرته واجب عليه،
كنكاح الصغار والصغار لا يحل له أخذ لأجرة عليه، ولو أخذ بائه وهو يعلم
به يصير فاسقاً^(١).

(١٤٤٩) وإذا أدن القاضي بيع مال اليتيم لمصلحته لا يبيع له أن يأخذ
شيئاً لأجل هذا الإذن، ولو أخذ وأذن بالبيع لا يعد بيعه^(٢).

(١٤٥٠) قال: وإذا أراد القاضي كتابة السجلات والمحاضر بنفسه، وأن
يأخذ على ذلك أجراً فله ذلك؛ لأن هذا ليس من عمل القضاء؛ لأن القضاء يتم
بالحكم، وكتابة السجل أمر رائد عليه، ولكن إما يأخذ بقدر ما يجور أخذه لغيره،
ولو أخذ الزيادة عليه يصير فاسقاً^(٣).

ولو كتب كاتبه، وأخذ منه شيئاً، إن كان بغير طيب من نفسه لا يحل
له ذلك، ويصير فاسقاً.

والتقدير فيما يجور أخذه للقاضي ولكاتبه، محكي عن السيد الإمام أبي
شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله.

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٥.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٥.

٣ - قال جلال الدين أبو محمد حامد بن محمد في كتاب السجلات يجور للقاضي أخذ
الأجرة على كتابة المحاضر والسجلات وغيرها من الوثائق بقدر أجر المثل (كتاب
أدب القضاء لسروجي ١٠٤، ط دار الشائر الإسلامية ١٤١٨هـ. والفتاوى
هندية ٥٢٩/٤ نقلاً عن المتنقط).

بيان ما يفعل القاضي المقلد

مع القاضي المعزول

[تعيين أمينين لقبض ديوان القاضي المعزول]

(١٤٥١) قال: إذا حضر القاضي المقلد يسعى له أن يبعث أمينين يقبضا ديوانه، وديوان القاضي هو الخريطة التي فيها السح والصبوك والسجلات وصب الأوصياء وتقدير العققات؛ لأن القاضي يكتب لهذه الأشياء نسختين يصع إحدهما في يد الخصم، والأخرى يحتلدها في ديوانه حتى يرجع إليها عند الحاجة، والقاضي المقلد يحتاج إلى ذلك^(١)

(١٤٥٢) وإن امتنع القاضي المعزول عن الدفع، إن كان أياض الذي كتب عليه السح من مال بيت المال يحرم على الدفع، وإن كان من مال الخصم، أو من مال القاضي اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: لا يحرم؛ لأنه إذا كان من مال الخصم فهو وديعة عنده، وليس للمودع أن يودع غيره، وقال بعضهم^(٢):

١ - العناوي اهدية ٣/٢٤٦ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/٢٥٩، رقم الفقرة

٢ - وفي شرح أدب القاضي فإن أرى أن يدفع، فإن كان من مال بيت المال يحرم على الدفع؛ لأن ذلك إنما كان في يده لعمله، وقد صار العمل لغيره، فلا يترك الأياض في يده، وإن كان من ماله أو من مال الخصوم اختلف فيه المشايخ:

يجبر؛ لأنه ماله، ما اتخذه لتمويله وما تركه إلا لعمله وقد تحول^(١).

(١٤٥٣) ثم إذا دفع إليهما وقبضا، جعلنا كل نوع في خريطة على

حدة، ويسألان القاضي المعزول شيئاً فشيئاً، ليكشف لهما، ويسهل الوصول

إليه عند الحاجة، ثم يحتمان على ذلك، لينفع الأمر عن الريادة والمقصان، فإن

لم يحصر المعزول لتسليم ذلك إلى الأميين لا يجبر، ولكن يبعث المعزول أميين

ليسلما إلى أميين المقلد.

[أعمال أمناء القاضي الجديد]

(١٤٥٤) ثم يأخذان الودائع، وأموال التيسامي، ويسأخذان أسماء

المحبوسين؛ لأن القاضي إذا حبس رجلاً بحق، وجب عليه أن يكتب اسمه واسم

أبيه وجمده، والنسب الذي حبس لأجله وتاريخ الحبس^(٢).

= منهم من يقول لا يجبر؛ لأنه على ملكه، أو وديعة عنده من جهة الخصوم ومنهم

من يقول يجبر وهو الصحيح؛ لأنه ما اتحد للتمول بل للتدبير (وفي نسخة لتدبير)

وكذا الخصوم ما تركوا ذلك لعينه بل لعمله، وقد تحول العمل إلى غيره (شرح أدب

القاضي للصدر الشهيد ١/٢٦٢، رقم الفقرة ١٣٢)

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/٢٦١-٢٦٢، رقم الفقرة ١٣٢

٢ - الغناوى اهدية ٣/٣٤٦ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/٢٦٢-٢٦٣، رقم

الفقرة ١٣٣

[تصرف القاضي الجديد مع المحبوسين]

(١٤٥٥) ويسمي أن يكتب تاريخ الحبس من التاريخ الذي أثبتته القاضي المعرول، لا من وقت عمله، ويسألان المحبوسين عن أسباب الحبس، ويجمع بينهم وبين خصومهم، فإن اتفقوا على شيء واحد أعادهم إلى الحبس، وإن اختلفوا لا يلتفت إلى قول القاضي المعرول، لأنه صار كواحد من الرعايا^(١).

بيان أنواع الحبس

(١٤٥٦) ثم الحبس على أنواع. حبس بسبب الدين، وحبس بسبب العقوبات الخاصة للعباد كالقصاص في النفس والطرف، وحبس بسبب العقوبات الخاصة لله تعالى كحد الربا وشرب الخمر، وحبس بسبب العقوبة المتردد بين حق الله تعالى وحق العبد كحد القذف^(٢) وأما الحبس بسبب الدين: قال المحبوس: حُسْتُ بدين فلان بن فلان؛ لأني أقررت به عند القاضي المعرول، فصَدَّقَه انقِر له، وقد عرفه القاضي، يعيده إلى الحبس، وإن أنكر المحبوس، لا يثبت المال بقول المعرول ما لم يقرم اليقينة، فإن أقام وعرف القاضي شهوده بالعدالة يعيده إلى الحبس، وإن لم يعرف الشهود يأخذ بعينه كميلاً حتى يظهر عدالة شهوده فإن طهر العدالة أعاده إلى الحبس، وإن قال: أنا محبوس بدين فلان بن فلان،

١ - العناوى الهدية ٣/٣٦٤ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/٢٦٣-٢٦٤، رقم الفقرة ١٣٥.

٢ - انظر حول الموضوع العناوى الهدية ٣/٣٤٧-٣٤٨ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/٢٧٢-٢٧٦، رقم الفقرة ١٤٢-١٥٠.

وأحضر المال، وعرف القاضي المقر له باسمه وسبه، أو شهد شهود بذلك بأمره بأداء المال إليه، فإن عرف القاضي لمقلد بأنه لم يكن له خصم آخر أطلقه^(١).

(١٤٥٧) وطريق معرفته: أن يبادي المادي إنا وجدنا فلان بن فلان محبوساً بحق فلان، فمن كان له عليه حق فليأتنا، فإن حصر خصم، وإلا أطلقه، وتقدير مدة البداء، وسعة الإطلاق موكول إلى رأي القاضي، فإن كان في المحبوس قوم لم يحضر لهم خصم، وادعوا أنهم حبسوا من غير حق لا ينتمت إلى قولهم؛ لأن حسن الظن بالقاضي واجب، ولكن إذا أمضى مدة الشهر واشتهر عزل القاضي الأول، وتقليد الثاني، وبإدعى المادي الطاهر أنه لم يكن له خصم؛ إذ لو كان لحصر، وإن لم يعرف القاضي المقر له ولم يشهد بذلك شهود، يأمره بأداء المال إليه لا يعتل بإطلاقه لحوار أهما تواصعا، فيحتاط القاضي بالبداء، وأخذ الكفيل، وكذلك يحتاط القاضي إذا قال المقر له: إني أريد إطلاقه وتمهيله مدة معلومة^(٢).

وكذلك إذا قال المحبوس: لا كفيل لي، أو لا يجب عليّ كفيل؛ لأنه

ليس لي خصم يطلب مني الكفيل^(٣).

١ - انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٤٧-٣٤٨.

٢ - انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٤٦-٣٤٧ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٦٧/١، رقم الفقرة ١٣٧.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٦ ٣٤٧ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٧١/١، رقم الفقرة ١٣٩.

(١٤٥٨) وأما الحبس بسبب العقوبات الخالصة للعباد فإن قال المحوس: إني حُيِّستُ؛ لأني أقررت بالقصاص لعنان بن فلان، وأدعى المقر له القصاص عليه، فإن كان القصاص^(١) مه، ولكن لا يعتل في إطلاقه لجوار تعلق حق العير نفسه أو ماله، بل يتأى ويبادي كما ذكرنا ثم يطلقه بكفيل^(٢).

[حكم المحوسين في الحدود الخالصة لله تعالى]

(١٤٥٩) من أقرّ بالربا فحبس وفي الحدود الخالصة لله تعالى، إن قال: أقررت بالربا عند القاضي المعزول أربع مرات، فحسي لبقيم عني الحد، لا يقيم عليه الحد؛ لأن ذلك الإقرار ليس بحجة في حق هذا القاضي، فإن أقر أربع مرات في أربع مجالس عند القاضي المقلّد أقام عليه الحد، تقادم العهد أو لم يتقادم، فإن كان محصاً رحمه، وإن كان غير محص جلدّه، ولا يطلقه بعد الحد إلا بعد أحد الكميل، وإن رجع عن الإقرار صحّ، كما إذا رجع عند القاضي المعزول قبل عزله^(٣).

(١٤٦٠) وإن قال قامت عليّ بية على الربا، أو شهدوا عسده مرة أخرى، لا يكون تلك الشهادة حجة في حق القاضي المولّى لتقادم العهد^(٤).

١ - وفي نسخة "ح" (فإن كان القصاص في العس يمكنه ليستوفي القصاص لانتفاء قسمة المراضع وإن كان فيه احتمال إبطال العسر وإن كان القصاص في الطريق يمكنه ليستوفي القصاص منه).

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٧.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٧.

٤ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٧.

(١٤٦١) ولو قال: إني أقررت بشرب الخمر لا يقيم عليه الحد؛ لأن عد أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: إنما يقام عليه الحد إذا كانت الرائحة موجودة، وأخمر في بطنه، وعند محمد رحمه الله: كون الخمر في بطنه ليس بشرط وموضع هذه المسألة كتاب الحدود، وإن كان الخمر في بطنه يقام عليه الحد فلا يطبقه إلا بعد الداء، وأحد الكمیل^(١).

(١٤٦٢) وإن قال: حسي؛ لأي أقررت عده بالسرقة، فحكمه وحكم الحد في الزنا سواء إلا أن الدعوى في السرقة شرط لسماع البيّنة^(٢).

[تصرف القاضي الجديد في الودائع]

(١٤٦٣) قال: وإن قال القاضي المعزول: على يدي فلان بن فلان كذا وكذا من المال، وهو لعلان بن فلان، فإن قال المودع: دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لعلان الذي أقر له القاضي، أو قال لا أدري لمن هو؟ يأمره بالتسليم إلى المقر له؛ لأن يده يد من أئتمه فيكون القول قوله كما إذا عين كونه في يد القاضي المعزول.

فأما إذا أنكر جميع ما قاله القاضي المعزول، فالقول قوله؛ لأنه في يده، فإن قال: دفعه إليّ القاضي ولكنه لعلان آخر غير الذي أقر له القاضي يومر بالتسليم إلى من أقر له القاضي؛ لأنه لما أقر بوضوئه إلى يده من جهة القاضي

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٧.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٨.

صار يده من حيث التقدير كيد القاضي^(١).

وإن قال أولاً: هو لعلاء، ثم قال: دفعه إليّ القاضي، يؤمر بتسليمه إلى المقر له الأول؛ لأنه لما أقر صبح إقراره للأول ويلزمه، ثم قال: دفعه إليّ القاضي صار مقراً لمن أقر له القاضي، فإن سلّم إلى الأول بعير قضاء صمى لثاني، وكذلك إن سلّم بقضاء عهد محمد رحمه الله وعهد أبي يوسف رحمه الله لا يصمى للثاني.

وإن قال القاضي المعرول: في يد فلان ألف درهم أمانة فلان اليتيم من تركه أبيه، وصدّقه ذو اليد بظن إن لم يدفع أحد ورثته يكون لليتيم خاصة، وإن ادعى الورثة أنهم لم يستوفوا حقهم يكون مشتركاً بينه وبين سائر الورثة؛ لأنه لما أقرّ أنه كان لوالد اليتيم يصير ميراثاً لورثته؛ لأن اليد كان للقاضي فلم يبق قوله مقبولاً باستيفاء بقية الورثة حقوقهم، ولكن القاضي المولى يحلّهم على أنهم ما استوفوا حقوقهم كما إذا نصى دين الميت^(٢).

(١٤٦٤) أما إذا قال: "أمانة فلان اليتيم" ولم يقل "من تركه والده"، كان ذلك لليتيم خاصة، ولا يصدقون على دعواهم أنه من التركة إلا بحجة، فإن كان صك بمال عسى يدي رجل، وبين القاضي فيه سبب لما، وأشهد أنه لعلاء اليتيم أصابه من تركه والده، وأن سائر الورثة قد أخذوا حقوقهم منه، فمجرد الصك لا يكون حجة إلا إذا ثبت عند القاضي المولى أن سائر الورثة

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٨

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٨

قد أخذوا حقوقهم، فيكون المال حيثد لينتم^(١).

[بيان ما يقضي القاضي بخلاف ما يعتقده المحكوم له، أو المحكوم عليه]

(١٤٦٥) وأما بيان ما يقضي القاضي بخلاف ما يعتقده المحكوم له أو

المحكوم عليه، قال رجل قال لامرأته. "أنت طالق البتة" وهو يراها واحدة رجعية، فراجعها، ورافعه إلى قاصٍ يراها ثلاثاً، وفرّق بينهما، أو كان الروح يراها واحدة نائنة، وتزوجها، ورافعه إلى قاصٍ يراها ثلاثاً، وفرّق بينهما نعد هذا انقصاء صاهراً وباطناً^(٢)، لأن هذه المسألة مختلفة بين الصحابة رصود الله

عليهم أجمعين^(٣) وعلي رضي الله عنه فيه قولان في قول: تطيئة واحدة وفي قول ثلاث تطيقات^(٤)، فإذا قصي بكوها ثلاثاً كان فصاءً في محل الاجتهاد، فعد طاهراً وباطناً، وإن قصي بأها واحدة رجعية، وقد مستها بعد الطلاق

١ - الفتاوى اهدية ٣٤٨/٣-٣٤٩

٢ - الفتاوى اهدية ٣٥٣/٣

٣ - وقد اختلف أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم في طلاق البتة، فروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعل البتة واحدة، وروي عن علي رضي الله عنه أنه جعلها ثلاثاً، وقال بعض أهل العلم فيه بية الرجل إن بوى واحدة فواحدة، وإن بوى ثلاثاً فثلاث وإن بوى شين م تكن إلا واحدة، وهو قول الثوري وأهل الكوفة، وقال مالك بن أنس في "البتة" إن كان قد دخل بها فهي ثلاث تطيقات، وقال الشافعي: إن بوى واحدة فواحدة بجمع الرجعة، وإن بوى شين، فثنتان وإن بوى ثلاثاً فثلاث (السبب لشمس الدين، باب الثاني من كتاب الطلاق واللعان تحت حديث رقم: ١١٧٧، ٣-٤، ٤٨٠-٤٨١)

٤ - انظر تفصيل أقوال علي رضي الله عنه في "موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه" ص ٤٤٠-٤٤٢

بشهوة، وقصى بأنها امرأته، فقد هذا القصاء أيضاً لمصادفته محل
الاحتهاد^(١).

(١٤٦٦) ولكن الزوج إن كان فقيهاً يتبع رأي القاصي على قول
محمد رحمه الله، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله إن كان "مقصياً عليه" يتبع
رأي القاصي، وإن كان "مقصياً له" يتبع أعلط الأمرين حتى إذا قصى بالرجعة،
وهو يعتقد بائناً يأخذ بالبائن.

(١٤٦٧) فالحاصل: أن المتبلى بالحادثة إن كان عامياً لا رأي له،
فعليه أن يتبع حكم القاصي فيما قصى في تلك الحادثة، سواء حصل الحكم له
بالحل، أو حصل الحكم عليه بالحرمة، وإن كان المتبلى بالحادثة فقيهاً له رأي،
وحكم القاصي بخلاف رأيه، إن حصل الحكم عليه بأن كان هو يعتقد الحل،
وقصى عليه بالحرمة، فعليه أن يتبع حكم الحاكم، ويترك رأي نفسه بلا
خلاف، وإن حصل الحكم له بأن كان هو يعتقد الحرمة وقصى القاصي
بالحل، ذكر في بعض المواضع أنه يتبع حكم الحاكم، ويترك رأي نفسه من
غير ذكر خلاف، وذكر في كتاب الاستحسان من المسوط: أن على قول
أبي يوسف رحمه الله لا يترك رأي نفسه، ولا يلتفت إلى إباحة القاصي فيما
يعتقده حراماً^(٢).

وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله: رجل تزوج امرأة ثم جن جوباً
مطلقاً، وله والد، فادعت المرأة أنه كان حلف قبل أن يتزوج بطلاق كل امرأة
يتزوجها ثلاثاً، قال: يصب القاصي والده خصماً فإن نصح، ورأى أن هذا

١ - الفتاوى الحديثة ٣/٣٥٤.

٢ - الفتاوى الحديثة ٣/٣٥٤.

القول ليس بشيء، فأبطله، وأمضى الكاح، ثم برىء الزوج ورأى وقوع الطلاق بهذا القول^(١)، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يسعه المقام معها؛ لأن الحكم وقع له، وعلى قول أبي حنيفة وعمره رحمهما الله: يسعه المقام معها^(٢). ولو أن فقيهاً قال لامرأته: "أنت طالق البتة"، وهو يراها ثلاثاً، وأمضى برأيه فيما بينه وبينها، وعزم أنها حرمت عليه، ثم رأى بعد ذلك أنها تطليقة رجعية، أمضى برأيه الذي كان عزم عليه؛ لأنه لما أمضى برأيه في ذلك صار بمنزلة انضمام الحكم إليه، فلا ينقص عما حدث، بخلاف ما إذا قضى الفاسي بخلاف رأيه الذي عزم عليه؛ لأن قضاء الفاسي أقوى من رأيه فإن أمصاه جارٍ القبض به^(٣).

(١٤٦٨) وكذلك لو كان في الابتداء يرى أنها تطليقة رجعية، فعزم على أنها امرأته، ثم رأى بعد ذلك أنها ثلاث تطليقات، لم تحرم عليه؛ لما ذكرنا، أن الرأي إذا اتصل به الإمضاء لم ينقص باجتهاد آخر، ولو كان في الابتداء لم يعزم على ذلك، ولم يمحى رأيه حتى رآها ثلاثاً لم يسعه المقام معها؛ لأن مجرد الاجتهاد يجوز أن ينقص باجتهاد مثله، ويصير كالناسخ له في حق وجوب العمل إلا إذا كان الإمضاء متصلاً بالأول^(٤).

١ - في الفتاوى الهندية العبارة (هل يسعه المقام معها قال: نعم، وعلى قياس قول أبي يوسف) الخ.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٤.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٤.

٤ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٥.

[اختلاف الفتوى]

(١٤٦٩) وفي نوادر^(١) داود بن رشيد عن محمد رحمه الله في رجل ليس بمقبيه ابتني ببارلة في امرأته، فسأل عنه فقيهاً، فأفتاه بأمر من تحريم أو تحليل، فعزم عليه، وأمصاه، ثم أفتاه ذلك المقيه بعينه أو غيره من الفقهاء في امرأة أخرى له في عين^(٢) تلك البارلة بخلاف ذلك فأخذ به وعزم عليه، وسعه الأمران جميعاً. ولو كان هذا الرجل سأل بعض الفقهاء عن بارلته، وأفتاه بحلال أو حرام، ولم يعزم على ذلك في زوجته حتى سأل فقيهاً آخر، فأفتاه بخلاف ما أفتاه به الأول، وأمصاه على زوجته، وترك فتوى الأول وسعه ذلك. ولو كان أمصى قول الأول في زوجته وعزم عليه فيما بينه وبين امرأته ثم أفتاه فقيه آخر بخلاف ذلك، لا يسهه أن يدع ما عزم عليه، وبأحد بفتوى آخر، قال محمد رحمه الله: هذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا^(٣).

١ - وفي نسخة "أ" و "ب" (ابن داود ابن رشيد) وفي نسخة "ح" (في نوادر ابن سماعة

داود بن رشيد) وفي الفتاوى الهندية (وفي نوادر داود بن رشيد)

٢ - وفي نسخة "ب" (عمر تلك النازلة).

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٥

(١٤٧٠) وفي شرح القدوري^(٦): إذا لم يكن الرجل المبتلى بالحادثة فقيهاً، واستمعى إساناً، فأفتاه بحلال أو بحرام، فإن لم يعرف على ذلك حتى أفتاه غيره بحلافه، فأحد بقول الثاني، وأمضاه في مسكوحته لم يجر له أن يترك ما أمضاه فيه، ويرجع إلى ما أفتى به الأول؛ لأنه منعذ بالتقليد، كما اجتهد منعذ بالاجتهاد، فكما يجب على المجتهد أن يعمل بما أمضاه، ولم يجر نقص ذلك بتبدل الرأي، فكذا المنعذ إذا عزم على العمل بفتوى واحد من الأئمة لم يسعه أن ينقض ذلك بفتوى آخر.

(١٤٧١) وفي الوادر: إذا حلف الرجل بطلاق كل امرأة يتزوجها متزوج امرأة واستمعى فقيهاً عدلاً من أهل الفتوى والاجتهاد، فأفتاه ببطلاق اليمين وسعه اتباع فتواه^(٧).

وفي الوادر أيضاً: إذا استمعى فقيهاً عدلاً من أهل الفتوى والاجتهاد فأفتاه ببطلاق اليمين، وتبعه، متزوج امرأة أخرى، ثم استمعى فقيهاً آخر، فأفتاه بصحة اليمين يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملاً بفتوئهما، وهذا شيء يعلم ولا يفتى^(٨).

[رجوع القاضي عن قضائه]

(١٤٧٢) وأما بيان ما يقضي القاضي بقضية ثم بدا له أن يرجع عنها. فإن كان الذي قضى به خطأ لا يختلف فيه الفقهاء، ردّد لا محالة؛ لأنه باطل، وإن كان ذلك مما يختلف فيه الفقهاء، أمضاه لا محالة وقضى في المستقل

١ - وفي النسخ الثلاثة (في شرح القدوري).

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٥.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٥-٣٥٦.

نما يرى أفضل؛ لأن التحول من رأي إلى رأي في المجهودات جسام^(١)، لأن المجهود فيما اجتهد لا يكون مصيباً لا محالة؛ لأنه لا يعمل فيه بدليل قطعي، وإنما يعمل فيه بعالم الظن، والدليل الموجب للعمل بالرأي الأول علة الظن أنه هو الصواب فإذا غلب على طه أن الصواب هو الثاني دون الأول فقد وجد الدليل الموجب للعمل بالرأي الثاني فعمل به، إلا أنه إنما عمل بالرأي الثاني في المستقبل دون الماضي؛ لأن الرأي الثاني حدث الآن، ولم يكن موجوداً في الماضي فلا يجب العمل به حال عدمه؛ لأن الرأي الثاني ناسخ للأول، ويعمل بالناسخ في المستقبل دون الماضي، وإليه أشار عمر رضي الله عنه حيث قصى في حادثة بقضية، وقضى بعد ذلك في مثلها بخلافه فقبل له في ذلك فقال: "تلك كما قصينا وهذه كما نقضى"^(٢).

[قضاء القاضي إذا وقع بخلاف الحق]

(١٤٧٣) ثم قضاء القاضي إذا وقع بخلاف الحق فلا يحل له إما أن أخطأ فيما قصى، أو نعمد الخور، وأقر بذلك، فكل ذلك على وجهين. إما أن

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤١ حكاية عن الملقط

٢ - وكان عمر رضي الله عنه قبل ذلك يعطي الإخوة لأُمّهم يستهم وبذلك لا يبقى للإخوة الأشقاء شيء باعتبارهم عصه، فلما أشرك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأُمّهم في الثلث، قال له رجل إنك لم تشرك سهم عام كذا وكذا فقال عمر رضي الله عنه تلك على ما قصا يومئذ وهذه على ما قصا (موسوعة فقه عمر رضي الله عنه ٥٨/٥٩، معرباً إلى عبد الرزاق ١٠، ٢٤٩، وابن أبي شيبة ١٨١/٢، والمعني ٥٧/٩ ومسند البيهقي ٢٥٥/٦).

يكون ذلك في حقوق الله تعالى أو في حقوق العباد، فإن أخطأ في حقوق العباد، إن أمكن التدارك والردّ بأن قصى مال أو بطلاق امرأة أو عتاق عبداً ثم طهر خطأه بأن طهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون في القذف فإنه يطل ذلك الفصاء ويرد العد رقباً، والمرأة إلى زوجها، والمال إلى من أخذ منه؛ لأنه لم يطل الفصاء عاد الأمر إلى ما كان قبله، وإن أخطأ ولا يمكن رده بأن قصى بالقصاص واستوى، لا يقل المقصي له بالقصاص وإن تقرر أنه قتل بغير حق، فالقياس أن يقتل المقصي له قصاصاً؛ لأنه طهر أنه قتل بغير حق، إلا أن صورة الفصاء أورثت شبهة ماعة وجوب القصاص، لأن القصاص مما يدرئ بالشبهات؛ ولكن تحب الذية في مال المقصي له؛ لأن القتل الحرام في دار الإسلام لا يحلو عن عقوبة أو عرامة، وتعدّر إيجاب العقوبة فيجب العرامة في مال المقصي له؛ لأنه تعدّر الإيجاب على القاصي، لأن خطأه موضوع عنه، إما لأنه مأمور باتساع الطاهر وقد اتسع لطاهر، والإتيان بالمأمور به ينافي وجوب الصمان، وإما لأنه حيث يتقاعده عن أمر الفصاء حتى لا يلزمه الصمان عند ظهور الخطأ الذي ليس في وسعه الاحترار عنه فيؤدّي إلى تعطيل الأحكام هذا إذا طهر خطأ القاصي بالنسبة أو بإقرار المقصي له

(١٤٧٤) أما إذا طهر ذلك بإقرار القاصي لا يظهر ذلك في حق المقصي له؛ لأن حق المقصي له قد تعلق بذلك، والقاصي بما قال، يريد بطلانه،

وهو بطير الشاهد إذا رجع عن شهادته لا يعمل رجوعه حتى لا يقصر القضاء؛ ولكن الشاهد يضمن كذا هنا^(١).

(١٤٧٥) وإن أخطأ في حقوق الله تعالى، ثم ظهر أن الشهود عبيد، أو كفار، أو محدودون في القذف، فصان ذلك في بيت المال؛ لأنه تعذر إيجاب الصمان على القاصي، وهذا القضاء كان لجماعة المسلمين فيكون العزم في ما لهم^(٢).

وإن قال القاصي: تعمّدت الجور، وأنا أعلم به، فهو صامس؛ لأنه أقرّ بوجوب الصمان على نفسه، فيُعزل عن القضاء، هكذا ذكر في حدود الأصل، وهو قول عامة مشايخنا رحمهم الله؛ لأن حياة القاصي على المقصي عليه وإتلافه على الغير سبب لوجوب الصمان عليه^(٣).

وذكر في موضع آخر: ويعرّز القاصي على ذلك؛ لارتكاب الجريمة العظيمة "ويعزل عن القضاء" ولم يقل: "ويعزل عن القضاء"، مهدد إشارة إلى أن القاصي بمجرد المسق لا يعزل، ولكن يستحق العزل، وقد ذكرنا هذا في صدر الكتاب^(٤).

(١٤٧٦) وأما بيان ما يقع قصاؤه بغير حق، ولم يعدم القاصي به، والكلام في هذا في مواضع أحدها في العقود والفسوح، وفيها اختلاف على قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، فإن عندهما قضاء القاصي في العفسود

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٢-٣٤٣.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٣.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٣.

٤ - الفتاوى الهندية ٣/٣٤٣؛ وانظر الجزء الأول من هذا الكتاب، رقم الفقرة ٣٢.

والفسوح بشهادة الرور بعد طاهراً وباطناً، ويباح للمقصي له أن يأخذ عب
قصي به، وإن علم أنه مبطل في الدعوى، وقال أبو يوسف رحمه الله أحراً،
وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله "بعد طاهراً لا باطناً"^(١)

(١٤٧٧) وصورة المسألة في العقود كثيرة، من جعلتها رجل ادعى
على امرأة نكاحها، وهي متحد، فأقام عليها شاهدي رور، وقصى القاصي
بالنكاح بينهما، وسع للمقصي له أن يظأها، وللمرأة أن تثبته من نفسها في
قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أولاً، وعلى قولهما وقوله الآخر
لا^(٢).

(١٤٧٨) وصورة المسألة في المسح كثيرة، من جعلتها امرأة ادعت
على زوجها أنه طفقها ثلاثاً، وأقامت على ذلك شهود رور، وقصى القاصي
بالفرقة بينهما، وتزوجت بروح آخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول أبي حنيفة
وهو قول أبي يوسف الأول لا يحل للروح الأول أن يظأها صاهراً وباطناً،
ويحل لثاني وظأها طاهراً وباطناً، علم بحقيقة الحال أن الروح الأول لم يظنقها
بأن كان الروح الثاني من الشهود [أو لم يعلم بحقيقة الحال بأن كان الروح
الثاني أحسباً^(٣)] وأما على قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله لا
يحل لثاني وظأها إن كان عاداً بحقيقة الحال، لأن الفرقة عندهما لم تقع باصاً،

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٠.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٠-٣٥١.

٣ - رداه هذه العبارة من فتاوى الهندية ٣/٣٥١ تصحيح المفهوم

وإن لم يعلم بحقيقة الحال يحل له وطؤها، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات من المبسوط، وهل يحل للأول وطؤها؟ على قول أبي يوسف الآخر: لا، مع أنه لم يقع العرقه عنده باطلاً؛ لأنه لو فعل ذلك كان رايًا عند الناس، هكذا ذكر في بعض المواضع، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات: أن على قول أبي يوسف الآخر: يحل للأول وطؤها سرًا، وعلى قول محمد رحمه الله: يحل للأول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني، فإذا دخل بها الثاني لا يحل للأول وطؤها، سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال أو لم يعلم.

وهذا الجواب على قول محمد رحمه الله ظاهر فيما إذا لم يعلم الثاني بحقيقة الحال؛ لأن الثاني تزوجها وهي في الباطن مسكوة للأول عند محمد رحمه الله إلا أن الثاني لم يعلم به، فإذا دخل بها الثاني وجب عليها العدة من الثاني، فلا يحل للأول وطؤها وإن كانت امرأة للأول حتى تنقضي عدتها من الثاني.

ومشكر فيما إذا كان الثاني عالمًا بحقيقة الحال؛ لأنه إذا كان عالمًا بحقيقة الحال لا تحب العدة من الثاني بهذا الدخول؛ لأنه تزوجها، وهو يعلم أنها مسكوة للأول، فوقع نكاحه باطلاً، وكان هذا الوطء رياءً، ومسكوة الإنسان إذا رت لا تحب عليها العدة، ولا تحرم على الروح^(١)

(١٤٧٩) والوجه في ذلك: أن هذا ككاح اختلف العلماء في جواره وكل ككاح هذا شأنه، والدخول فيه يوجب العدة، كالككاح بعير شهود، بخلاف ككاح معتدة العير، أو منكوحة العير، إذا كان يعلم أنها معتدة العير، أو منكوحة العير، فإن الدخول فيه لا يوجب العدة؛ لأن أحداً لم يقل بخوار ذلك الككاح، فم يعمد أصلاً، أما هها بخلافه.

(١٤٨٠) ومن جملة صور العقود: قال: فإذا قضى القاصي بالبيع بشهادة الرور، فالحال لا يخلو: إما أن كان المدعي هو المشتري أو البائع، فإن كان المدعي هو المشتري بعد قضاؤه طاهراً لا باطناً على قول محمد رحمه الله، وعلى قول أبي حنيفة عني التفصيل عند بعض أصحابنا رحمه الله: إن كان الثمن المذكور مثل قيمة المبيع، أو أقل منه بقدر ما يتعاب الناس فيه، بعد قضاؤه باطناً، وإن كان بعين فاحش بقدر ما لا يتعاب الناس فيه، لا يعمد قضاؤه باطناً.

(١٤٨١) وهكذا ذكر في المتنقى نصاً عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن طريق تصحيح القضاء باطناً عند أبي حنيفة رحمه الله في العقود والمسوح: أن القاصي بقضائه يصير مشئاً لذلك التصرف، وإما يصير القاصي مشئاً فيما له ولاية الإنشاء، وله ولاية إنشاء البيع في الجملة مثل انقصة أو بما يتعاب فيه الناس، أما ليس له ولاية إنشاء البيع في الحصة بقدر ما

لا يتعابى الناس فيه، لأنه حيثما يكون متبرعاً بمقدار العبر المباحش، وليس
لنقاصي ولاية إنشاء التبرع في حق أحد ما.

(١٤٨٢) وقال بعضهم: بعد قضاؤه في كل الأحوال؛ لأن البيع، وإن
كان عبر فاحتر لا يخرج من أن يكون مبادلة، حتى جاز من المكاتب والعقد
المأدوم، وإن كان لا يملك التبرع، بعد قضاؤه باطلاً كما في سائر
المبادلات^(١).

(١٤٨٣) وإن كان المدعي هو النافع وأقام على ذلك شهود رور،
وقضى القاضي بذلك، حلّ للمشتري وطء الجارية عند أبي حبيبة رحمه الله،
وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إن عزم المشتري على ترك الخصومة حلّ
له وطؤها، لأن مدعى البيع وحده أحد شطري العقد، ونقاصي بقضائه تولّى
الشرط الآخر من جهة المشتري بعير رصاه، فتوقف على احتباره، فإن عزم
على ترك الخصومة فقد احتاره، فبعد في حقه

هذا؛ إذا أقام المدعي شهود الرور، ولو حلف المشتري وردّ الجارية
على النافع إن عزم النافع على ترك الخصومة حلّ له وطؤها؛ لأن محدود
المشتري يفسح لشراء في حقه، كحقوق الوكيل في حق الموكل، لأن محدود

١. اعتاوى الهدية ٣/٣٥١ ٣٥٢ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٩٢-١٩٣،
رقم الفقرة ٦٩٨.

ما عدا الكاح مسح، والمسح في حق البائع توقف على اختياره، وإذا عزم على ترك الخصومة فقد اختاره، وتمّ المسح بينهما فصار كإقالة البيع بتراضيهما^(١).

(١٤٨٤) ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله في تفصيل العزم: قال بعضهم: المراد هو العزم بالقلب، وقال بعضهم: أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب، ولا يكفي بمجرد عزيمة القلب إلا أن يكون قد اقترن فعله وهو الوطاء بعزيمة قلبه؛ لأن مسح شيء من العقود لا يثبت بمجرد الية، ألا ترى أنه لو كان في البيع خيار شرط أو خيار رؤية وبوى بقلبه المسح لا يفسح بمجرد الية^(٢).

(١٤٨٥) ومن جملة صور العقود. رجل ادعى على رجل هبة مقبوضة، وأقام على ذلك شهود رور، وقضى القاضي للمدعي، فعنى قول محمد رحمه الله: بعد انقضاء طاهراً لا باطلاً حتى لا يحل للمقضي له الانتفاع به^(٣).

وعن أبي حنيفة رحمه الله: فيه ورأتان، بناءً على أن قضاء القاصي في التبرعات بشهادة الرور هل بعد باطلاً أم لا؟ في رواية لا يمد، إذ ليس للقاضي ولاية إنشاء التبرع، وفي رواية أخرى. يمد. لأن له ولاية إنشاء تبرع في الجملة^(٤).

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٢.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٢.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٢.

٤ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٢ وقال: كنا في الدخيرة.

(١٤٨٦) وأما الأملاك المرسلة: فانقضاء فيها شهادة الرور لا يعد

باطلاً بالإجماع؛ لأن هناك لا يمكن تصحيح القضاء باطلاً؛ لأنه لا يمكن إنشاء الملك سابقاً؛ لأن إنشاء الملك مطلقاً بلا سب ليس في وسع العباد وتعذر إنشاء السب؛ لأن أسباب الملك كثيرة، وليس العنصر بأولى من البعض^(١).

(١٤٨٧) وأما قضاء القاضي بالنسب بشهادة الرور، فقد قيل، إنه

عنى الخلاف، وقيل: إنه لا يعد باطلاً بلا خلاف^(٢).

وصورة المسألة: أمة ادعت على مولاها، أمّا أمه، وأنه أقرّ بذلك،

وأقامت على ذلك شهود رور، وقضى القاضي بذلك حرم على المولى وطؤها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لمحمد رحمه الله عند بعض المشايخ، وعند بعضهم: لا يحرم بالإجماع، فإن مات الأب، وترك ميراثاً هل يحل لها ميراثه؟ قال بعضهم: إنه عنى الخلاف، وقال بعضهم: لا يحل

(١٤٨٨) مرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين القضاء في العقود،

ووجه الفرق: أن الملك بالإرث ملك بطريق الخلافة، حتى يصير الوارث مضموناً بما اشتراه مورثه، ألا ترى أنه يُردّ بالعيب ويُردّ عليه، فيكون هذا غير ما كان ثابتاً للمورث، والثابت له الملك المطلق، فثبت أن هذا دعوى ملك مطلق من حيث الحقيقة، وفي الأملاك المرسلة بعد طاهرراً لا باطلاً، وقال بعضهم: يحل لها ميراثه.

١ - الفتاوى الهدية ٣/٣٥٢.

٢ - الفتاوى الهدية ٣/٣٥٢.

وجه الفرق محمد رحمه الله. أن المرأة لا تعرف ثبات السب حقيقة؛
لأن العنوق عيب، وكان حالها كحال القاصي في اعتماده على شهادة
الشهود، بخلاف القصاص في العقود؛ لأنه يعرف أنه مبطل، والقاصي محطىء،
فلا يحل له بالقصاص ما كان حراماً من قبل^(١)

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٣، وانظر حول موضوع ما يحل القاصي وما لا يحل، شرح
أدب القاصي لمصدر الشهيد، الباب التاسع والأربعين، رقم الفقرة ٦٧٧-٦٩٨
(١٧٢/٣ ١٥٤)

بيان قضاء القاضي في المجتهدات

[القضاء بالمختلف فيه والمنسوخ]

(١٤٨٩) قال ابن سماعه عن محمد رحمهما الله: كل أمر جاء عن النبي عليه السلام أنه فعل، وجاء عنه غير ذلك الفعل، أو جاء عن أحد من الصحابة رضي الله عنه، وجاء عن ذلك الصحابي، أو عن غيره من الصحابة خلافه، وعمل الناس بأحد الأمرين دون الآخر، أو عمل بأحد القولين ولم يعمل بالآخر، ولم يحكم به أحد من حكام المسلمين فهو متروك مسوخ، حتى لو حكم به حاكم من أهل زماننا، لم يجر ذلك الحكم.

(١٤٩٠) وإن قضى بالصل، لأنه ثبت استباحه بإجماع الأمة، حيث لم يعمل به أحد من الأمة، والعمل بالمنسوخ باطل^(١).

(١٤٩١) وإنما يجوز ذلك فيما اختلف فيه الناس، وحكم به حاكم من حكام أهل الأمصار، فأحد بعضهم بقول واحد، وبعضهم بقول الآخر، أشار إلى أن مجرد خلاف بعض العلماء لا يصير المحل محل الاجتهاد، ما لم يعتبره العلماء، وسوّعوا له الاجتهاد، ألا ترى! أن عبد الله بن عباس^(٢) رضي

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٦

٢ - عبد الله بن عباس ابن عم رسول الله ﷺ مولود شعب بني هاشم قبل الهجرة ثلاث، وكان حراً وحرّاً، ودعى له النبي ﷺ أن يعطى لساناً سووياً، وقساً عقولاً، عراً إفریقیه مع عبد الله بن سعد سه سبع وعشرين، وكان أعلم الناس بأوایل القرب، مات بالطائف سه ثمان وستين، وكان عمره يومئذ إحدى وسبعين (الإصابة ٢/٣٣٠-٣٣٤).

الله عنهما كان من فقهاء الصحابة، ثم لما لم يسوّعوا له الاجتهاد في ربا المقد،
نكر عنه أبو سعيد الخدري^(١) رضي الله عنه^(٢)

١ - أبو سعيد الخدري سعد بن مالك بن سنان الأنصاري، الحرجي، المدي، كان من علماء
صحابه ممن شهد بيعة الشجرة، روى حديثاً كثيراً، وأقوى مدة، وأبوه من شهداء أحد،
عاش أبو سعيد ستاً وثلاثين سنة، حدث عنه ابن عمر وجابر بن عبد الله، وغيرهما من
الصحابة، مات في أول سنة أربع وسبعين، ويروى أن أبا سعيد كان من أهل الصفه،
وحديثه كثير، فمعه في الصحيحين ثلاثة وأربعون حديثاً، وإفراد البخاري بسنة عشر
حديثاً له، وفرد مسلم له ثلثين وخمسة حديثاً، رضي الله عنه (تذكرة الحفاظ ١/٣٦)

٢ - اتفقت الرواية عن ابن عباس رضي الله عنه على عدم تحريم ربا الفحل في مبدأ أمره،
والذي حنه عبد الله بن عباس هو بيع الشيء نفسه متعصلاً مقوصاً في الحال، فيجوز
عده بيع الذهب بالذهب، ولعصه بالعصه متعصلاً مقوصاً

ثم اختلفت الرواية عن ابن عباس رضي الله عنه في رجوعه عن ذلك، والقول بتحريم ربا
الفحل، ففي رواية عنه أنه بقي على التحليل حتى آخر حياته، وفي رواية أخرى أنه
رجع عن قوله في حل ربا الفحل، وصار أخيراً إلى تحريمه، وقد بدأ هذا الجدل عند ابن
عباس عند ما لعى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه ابن عباس، وسأطره في حل ربا
الفحل، فقد روى أبو صالح قال لعى أبو سعيد الخدري ابن عباس، فقال أرأيت ما تفعل
في لصرف؟ أم شيء وجدته في كتاب الله تعالى أم من سنة رسول الله ﷺ؟ فقال كل ذلك
لا أقول، وفي رواية لا، كل ذلك، وأنتم أصحاب محمد ﷺ أعلم برسول الله ﷺ مني
ويكن أسامة بن زيد أخبرني أنه سمع رسول الله ﷺ يقول (الربا في النسبة)، وفي رواية
(لا ربا إلا في النسبة)

قال أبو سعيد الخدري فأد سمعته يقول (لذهب بالذهب مثل مثل، والفصه بالفصه مثل
مثل) لإقرار ابن عباس بعلم أبي سعيد وأصراره، وسكوته بعد ما سمعه من حديث رسول
الله ﷺ في تحريم ربا الفحل، يدل على إقراره أنما سعيد الخدري فيما ذهب إليه من التحريم
(موسوعة فقه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ٣٣٨/ ٣٣٩ معرباً إلى نيل الأوطار -

(١٤٩٢) ثم "قوله. وإنما يجوز ذلك فيما اختلف فيه الناس" يشير إلى

أن العبرة لحقيقة الاختلاف في ضرورة المحل مجتهداً فيه، وفي بعض المواضع: يشير إلى أن العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف^(١).

(١٤٩٣) وفي المتقى مسائل كثيرة، تدل على أن العبرة لاشتباه

الدليل، وهكذا ذكر محمد رحمه الله في السير الكبير في أبواب الأفعال، وسيأتي بعد هذا في موضعه إن شاء الله تعالى^(٢).

ثم إن الحصاف رحمه الله لم يعتبر الخلاف بينا وبين مالك والشافعي رحمه الله، لأنهما لم يكونا من المجتهدين حين وضعوا المسائل، ولم يكونا ممن يرجع إليهما في الفتوى، وإن كانا من الفقهاء، هكذا ذكر الصدر الإمام أستاذ الأئمة طهير الدين رحمه الله في الألفية، وإنما اعتبر الخلاف بين المتقدمين، والمراد من المتقدمين الصحابة رضوان الله عليهم، ومن معهم، ومن بعدهم من السلف رضي الله عنهم^(٣)

= ٢٩٨/٥، وسبل السلام / ٣٧/٤، والمعني ١١/٤، وعبد الرزاق ١١٧/٨ وأخرجه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع باب بيع القصة بالقصة، رقم الحديث ١١٧٦، وأخرجه مسند في صحيحه في كتاب المساقاة، باب الربا، رقم الحديث ١٥٨٤، وأحكام القرآن للحصاف ٤٦٦/١.

١ - الفتاوى الهدية ٣٥٦/٣ - ٣٥٧ وجامع المصولين ٢٧/١

٢ - الفتاوى الهدية ٣٥٧/٣.

٣ - في الفتاوى الهدية، العبارة: ثم قوله وإنما يجوز من ذلك ما اختلف فيه الناس يشير إلى أن العبرة لحقيقة الاختلاف في ضرورة المحل مجتهداً فيه، وهو اختيار الحصاف إلا أنه لم يعتبر الخلاف بينا وبين الشافعي رحمه الله، وإنما اعتبر الخلاف بين المتقدمين، والمراد من-

المتقدمين الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ومن معهم، ومن بعدهم من السلف، والقاصي الإمام علي السعدي اعتبر خلاف الشافعي رحمه الله في مسألة مذكورة في آخر السير الكبير.... ..

وفي المتنفي يشير إلى أن العبرة لا بشأه الدليل لا لحقيقة الاختلاف، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الجامع، وفي السير الكبير، وهكذا ذكره صاحب الألفية (الفناوى المهدية ٣/٣٥٧).

وفي شرح أدب القاضي للصدر الشهيد، قال ولو أن قاصياً قصي بشاهد ويمين، أو يقتل بقسامة، أو يبيع أم الولد، ثم رفع ذلك إلى قاضي آخر، فإن هذا مما لا يبيح لهذا القاضي أن يعده، أما الأول: فلأن هذا القضاء يخالف الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿واستشهدوا

شاهدين من رجالكم﴾ [الفره ٢٨٢]؛ لأن الله تعالى شرع فصل القضاء بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، فكان الفصل في القضاء بشاهد ويمين، مخالفاً لكتاب، والحديث فيه شاذ، لا يجوز العمل به على مخالفة كتاب الله تعالى، فلم يعتبر الاختلاف بينا وبين الشافعي رحمه الله، وإنما اعتبر الخلاف بين المتقدمين، والمراد من المتقدمين الصحابة رضي الله عنهم ومن كان معهم، ولم يقص أحد من المتقدمين بشاهد ويمين إلا مروى عن الحكم وفعله مما لا يوجب به، فلا يكون هذا مجتهداً، وأما الثاني: وهو القتل بالقسامة، فيريد به أن القتل إذا وجد في محنة، وبينة وبين أحد من أهل المحلة عداوة ظاهرة، والعهد قريب من حيث الدخول في المحلة إلى أن يوجد قتيلاً، فعين ولي القتل في المحلة رجلين أهمما قتلاه، وحلف على ذلك، فعند مالك رحمه الله وهو قول الشافعي في القديم يقضي القاضي له بالقود وعدداً لا بمضي بذلك، فهذا قصي به ثم رفع إلى قاضي آخر يقص هذا القضاء؛ لأن هذا القضاء يخالف الإجماع لما أورد مالكاً م يكن موجوداً في الصحابة، فلا يكون قوله معبراً (٣/١٢٣ - ١٢٥، رقم الفقرة ٦٤٥).

وفي رد المحتار، كذا ما في المتن عن المتنفي من أن العبرة في كون محل مجتهداً به اشتباه الدليل لا حقيقة اختلاف، قال في العتق ولا يحصى أن كل خلاف بين وبين الشافعي رحمه الله أو غيره، محل اشتباه الدليل، فلا يجوز قصه بلا توقف على كونه بين الصدر-

قال صاحب الأقضية: وإذا رى رجل بأم امرأته، ولم يدحس بها، فحجده القاضي، ورأى أن لا يحرمها، فأقرها معه، وقضى بذلك، بعد قضاؤه^(١)، لأنه قضى في محل يجتهد فيه، فإن بين الصحابة رضوان الله عليهم اختلافاً في هذه الصورة، فعلى^(٢) وابن مسعود^(٣)

الأول، والذي حققه في الحر أن صاحب الهداية أشار إلى القولين، فإنه ذكر أولاً عدة القدوري، وهي "وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاء، إلا أن يخالف الكتب أو السنة أو الإجماع، وذكر ثانياً عبارة إجماع الصغرى، وهي وما حلت فيه الفقهاء فقضى به القاضي، ثم جاء قاضي آخر يرى غير ذلك أمضاء، مما ذكره أصحاب الفتاوى من المسائل الآتية لني لا يبعد فيها قضاء القاضي مبي على عبارة القدوري لا عيسى ما في الإجماع، ومن قال لا اعتبار بخلاف مالك والشافعي رحمه الله، اعتمد قول القدوري ومن قال باعتباره، اعتمد ما في الإجماع، وفي الواقع الحسامة عن العقبة في الليث وبه أي مما في الإجماع بأحد، لكن في شرح أدب القضاء أن الفتوى على ما في القدوري، انتهى ملخصاً، فقد ظهر قولان مصححان، ولتكون على ما في القدوري، والأوجه ما في الإجماع، ولذا رجحه في الفتح (رد المحتار ٨/٨٨، ط دار الكتب العلمية، بيروت) وانظر حول الموضوع: روضة القضاة ١/٣٢٣-٣٢٦.

١ - الفتاوى الهندية ٣/٥٨١، وانظر الس للرمدي، رقم الحديث ١١١٧، كتاب السكاح.

٢ - انظر موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه ٥٨٢/ معرباً إلى مسند زيد ٤/٢٣٣، والمعني لابن مدامة ٦/٥٧٠؛ وابن أبي شبة ١/٢١٢؛ وقصر الطبري ٤/٣٢١.

٣ - وقد كتب ابن مسعود يرى أن يحرم العقد على البت لا يحرمه إلا ما م يحدث دحول، وبكيفية لم يثبت أن رجوع عن ذلك إلى أن تحرير الأمهات على السأيد يتم بالعقد عيسى ساهن دون شرط الدحول، وذلك في حاشيته معروفة. وهي أن رجلاً تزوج امرأة من بني شمع بن مزارقة، ثم رأى أمها فأعجبه، فذهب إلى ابن مسعود رضي الله عنه فقال إني تزوجت امرأة فم أدخل بها، ثم أعجسي أمها، فأنطق المرأة وأنزوح أمها؟ فقال ابن-

وعمران بن حصين^(١) وأبي بن كعب رضي الله عنهم قالوا. بالحرمة، وأبى
عبس رضي الله عنه^(٢) كان لا يقول بالحرمة، وكان يقول: الحرام لا يحرم
الحلال، وربما كان يرويه مرفوعاً إلى رسول الله عليه السلام، ثم نفاذ هذا
القبضاء في حق المقصي عليه متفق عليه، وفي حق المقصي له إن كان
جاهلاً فكذلك، وإن كان عالماً، فعلى الخلاف الذي ذكرناه آنفاً.

= مسعود رضي الله عنه، فطلقها ونزوح أمها، فأتى ابن مسعود المدينة، فسأل أصحاب
رسول الله ﷺ، فقالوا لا بصلح، ثم قدم الكوفة فأتى بني شمع، فقال أبى الرجل
الذي تزوج أم المرأة التي كانت عنده؟ فقالوا: هاهنا، فقال فبعارفها، قالوا: كيف
وقد شرب له بطنها قال وإن كانت فعلت فبعارفها، فإنها حرام من الله عز وجل
(موسوعة فقه عبد الله بن مسعود/ ٤٧٣ مكاح، معرباً إلى مصنف عبد السراقة ٢٧٣/٦
وموطأ الإمام مالك ٥٣٣/٢ وابن أبي شيبة ٢٠٢/١ وغيرها من المصادر)

١ - عمران بن حصين بن عبيد بن جلف بن عبدقيس بن سالم بن عاصرة بن ساول بن
كعب بن عمرو الخراعي، الكوفي، يكنى أبا عبيد بن عبيد بن عمران، أسمع أبو هريرة
وعمران بن الحصين عن خير، وقال خليفة استقصى عبد الله بن عامر عمران بن حصين
على البصرة، فأقام قاصياً بسيراً، ثم استعفى فأعماه، وكان من فضلاء الصحابة وفقهاءهم،
يقول عنه أهل البصرة إنه كان يرى الحفظة، وكانت تكلمه حتى اكتوى، قال محمد بن
سيرين أفصل من بر البصرة من أصحاب رسول الله ﷺ عمران بن الحصين، وأبو
بكرة، سكن عمران بن حصين البصرة، ومات بها سنة ثنتين وخمسين في خلافة معاوية،
روى عنه جماعة من تابعي أهل البصرة والكوفة، (الاستيعاب على هامش الإصابة
٢٢٣-٢٢٤/٣).

٢ - موسوعة فقه عبد الله بن عباس ٦٦٧ معرباً إلى أحكام القرآن للخصاص ١٢٧/٢

[حجية قول الصحابي]

(١٤٩٤) وذكر القدوري رحمه الله في شرحه: إذا ورد عن الصحابي

قول^(١)، وورد عن أقرانه وبطرائه خلاف ذلك، فإن قوله: "لا يكون حجة" ولا يحب عينا تقليده، لو قصى القاصي بأحد القولين كان قضاؤه في مجتهد فيه فينفذ^(٢).

ودكر هذه المسألة أن الرجل إذا خيّر امرأته، فاختارت زوجها أو اختارت نفسها، فعلى قول عمر^(٣) وابن مسعود^(٤) رضي الله عنهما إن اختارت زوجها فهي امرأته، وإن اختارت نفسها فهي تطليقة بائة، وعلى قول ريد بن ثابت رضي الله عنه إن اختارت زوجها فهي امرأته، وإن اختارت

١ - هكذا في نسخة "أ" وفي نسخة "ب" (إذا ورد عن الصحابي قولاً ورد عن أقرانه إلخ) وفي نسخة "ج" (إذا ورد من الصحابي قول، وورد عن أقرانه إلخ)

٢ - شرح أدب القاصي لمصدر الشهيد ١/١٨٠، رقم الفقرة ٣٧

٣ - روى ابن أبي شيبة عن رازان أن علياً رضي الله عنه حكى قول عمر بن الخطاب، "إن اختارت نفسها فواحدة وإن اختارت زوجها فلا شيء، وهو أحق بها"، كان علي رضي الله عنه يقول إن اختارت نفسها فواحدة، وهو أحق بها (مصنف، من أبي شيبة ٢٣٩/١). وانظر حول الموضوع موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه ٤٣٣-٤٣٤، وأيضاً موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ٦١٩-٦٢٠

٤ - ذكر ابن أبي شيبة عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه إذا خيّر الرجل امرأته، فاختارت نفسها فهي واحدة بائة، وفي رواية أخرى عن ابن مسعود أن طلقه طلقه رجعية وادكتور روس قلعة جي قال رواية وقوع طلقة بائة رواية شدة ورواية وقوع طلقة رجعية هو المحفوظ (انظر موسوعة فقه عبد الله بن مسعود ٣٧٠/٣٧١)

نفسها فهي ثلاث تطبيقات^(١)، وعلى قول علي رضي الله عنه: إن اختارت روجها فهي بطلقة رجعية، وإن احرارت نفسها فهي بائنة^(٢)، وعلى قول أهل المدينة إن اختارت روجها فقد بانت منه.

(١٤٩٥) فإذا قضى القاضي بقول أحد من هؤلاء بعد قضاؤه؛ لأن هذه المسألة كانت محتلاً فيها في الصدر الأول، ولم يعقد الإجماع في الصدر الثاني على اختلاف ذلك، حتى لو انعقد الإجماع في الصدر الثاني على خلاف ما ورد من الصحابي، لا بعد قضاؤه على ما سيبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، وإن ورد عن الصحابي قول، ولم يرد عن أقرانه وبطرائه خلاف ذلك، ففي كونه حجةً ووجوب تقيده عليها، اختلاف المشايخ.

قال السيد الإمام أبو شجاع رحمه الله: ليس من أصحابنا المتقدمين رحمهم الله في هذا نص، وحكى أبو عمرو^(٣) الطبري عن أبي سعيد^(٤)

- ١ - نظر موسوعة فقه ريد بن ثابت رضي الله عنه / ١٤٤ - ١٤٦
- ٢ - نظر موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه / ٤٣٢ - ٤٣٣
- ٣ - أحمد بن محمد بن عبد الرحمن أبو عمرو الطبري، الملقب بالناس دابكا، أحد الفقهاء لكار، من طلبة الحسن الكرخي وأبي جعفر الطحاوي، فقه عن أبي سعيد البردعي، له شرح الجامعين، ذكره ابن خوار في تاريخه، ولخطيب في الكنى، وم يسمه، قال قاضي القضاة أبو عبد الله الدماغي حدثني القاضي الصيمري قال كان أبو عمرو الطبري، فقيه بغداد، يدرس في حياة أبي الحسن الكرخي، وكان وفاته سنة أربعين وثلاثمائة (لجواهر لمص ١ ٢٩١ ٢٩٣، رقم لترجمه ٢١٦؛ واعواند الهه ٣٥)
- ٤ - أحمد بن الحسين، أبو سعيد البردعي، سكن بغداد، أحد الفقهاء الكبار وأحد المتقدمين من مشايخنا ببغداد، فقه عن أبي عبيد القاق وعنه بن موسى بن نصر، فقه عنه أبو الحسن -

البردعي رحمهم الله، أنه كان يقول: قول الواحد من الصحابة رضي الله عنهم
مقدم على القياس، ويترك القياس بقوله. ويحب عبداً تقليده، ويكون حجة،
وعلى هذا أدركنا مشايخنا.

[تقديم قول الصحابي على القياس]

(١٤٩٦) وذكر الشيخ الإمام العقيي أبو بكر الراري عن الشرح الإمام
العقيي أبي الحسن الكرخي رحمهما الله أنه كان يقول: أرى أبا يوسف رحمه
الله في بعض مسائله يقول: القياس كذا، إلا أني تركته للأثر، وذلك الأثر قول
واحد من الصحابة، وهذه دلالة بيّنة من مذهبه على تقديم قول الصحابي على
القياس.

قال: أما أنا فلا يعجني هذا المذهب، وهذا الذي ذكر الكرخي عن أبي
يوسف رحمهما الله موجود في كثير من المسائل عن أصحابنا رحمهم الله، فقد
قالوا في المصنعة والاستشاق: إنهما سنان في القياس في الحجة، والوصوء
جميعاً، لأن العم محل تحاديه دليلان، أحدهما: يقتضي كونه طاهراً والآخر
يقتضي كونه باطلاً وذلك ثابت بالحكم والحقيقة.

= الكرخي وأبو طاهر الدبّاس القاضي وأبو عمرو الطبري، وأقام أبو سعيد ببغداد سبعين
كثيرة يدرس، ثم خرج إلى الحج، فقتل في وقعة القرامطة مع الحاجّ سة سبع عشرة
وثلاثمائة، البردعي؛ بناء الموحدة وسكون الرّاء وفتح الدال المهملة وفي آخره السين
المهملة، هذه السببة إلى بردعة، وهي بلدة من أقصى أذربيجان (الجواهر النضية ١/ ١٦٣-
١٦٦، رقم الترجمة / ١٠٣، والقوائد البهية / ١٩-٢١).

أما الأول: فإن الصائم إذا شحاقاه حتى تطاير فيه ثلج، أو ما أشبه، ثم جحه من ساعة يفسد صومه^(١)، وأمّا الثاني: فإن الصائم إذا استرط^(٢) ريقه، لا يفسد صومه، وقد تركنا القياس بقول ابن عباس^(٣) رضي الله عنه، وقالوا في الإغماء: إذا كان يوماً وليلة أو أقل، فإنه يجمع قضاء الصلاة في القياس، وتركاه بفعل^(٤) عمار بن ياسر^(٥) رضي الله عنه.

وقالوا في إقرار المريض لوارثه. إنه جائز^(٦) في القياس، تركاه بقول ابن^(٧) عمر رضي الله عنهما، فهذا يدل على جوار تفيد الصحابي، وتقديم قول الصحابي على القياس.

١ - عار لي هدية وحتلمو في المطر والثلج. والأصح أنه يفسد لإمكان الإمساك عنه. إذا آواه خيمة أو سقف

٢ - سرحط الشيء بالكسرة أسرطه سرحطاً بفتح واسرطه أي ابتعه (الصحيح)

٣ - وذكر في مصنف ابن أبي شيبة ١٣٠/١ ب ما يزيد ذلك انظر موسوعة فقه عبد الله بن عباس / ٤٨٩

٤ - انظر حاشية هدية بعلامه الكوي مرفياً إلى العاية ٦٥/٢، كتاب الصلاة، باب قضاء الغوات

٥ - عمار بن ياسر بن عمر بن مالت كان من السابقين الأولين هو وأبوه، وكنوا محسن بعدد في الله، فكان النبي ﷺ يخرّ عنهم يقول صرّ آل ياسر، موعدكم الجنة، واختلف في هجرته بن أخوته وهما جحر إلى المدينة وشهد لمشاهدتها وتواترت الأحاديث عن النبي ﷺ "أن عماراً نقله الفئة الباغية" وأجمعوا على أنه قتل مع علي بن أبي طالب سنة سبع وثمانين في ربيع وله ثلاث وتسعون سنة، وأجمعوا على أنه سرق به "إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان" وروى عن النبي ﷺ عدة أحاديث، وروى عنه من الصحابة أبو موسى، وابن عباس، وعبد الله بن جعفر وأبو لاس الخزازي، وأبو الطفيل، وجماعة من التابعين والإصابة في تمييز الصحابة ٥١٢/٢-٥١٣

٦ - عن نافع مولى بن عمر عن ابن عمر قال إذا أقر المريض في مرضه بدين لرجل فإنه جائز (موسوعة فقه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما / ١٤٥)

٧ - عبد الله بن عمر بن عبد الرحمن أحد بني أمية الفقيه أحد الأعلام في العلم والعمل، وشهد الحندق، وهو من أهل بصرى، توفي في أوّل سنة أربع وسبعين، وهو شفيق ذو فؤاد حفيظ رضي الله عنه قال جابر مات، لا من مالت له الدنيا ومات له، لا عبد الله من عمر رضي الله عنه (تدكسرة الحفظ

[تقليد المجتهد للمجتهد]

(١٤٩٧) واختلعت الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله، أنه قال: يجوز للمجتهد تقليد مجتهد آخر، وإن كان له رأي ودليل يعني يترك رأي نفسه ودليل نفسه، فيقول: هو أعلم وأفقه وأورع مني، فاتبع دليله ورأيه.

[تقليد الصحابي]

(١٤٩٨) وهذه إشارة من أبي حنيفة رحمه الله على حوار تقليد الصحابي؛ لأنه لما جاز له تقليد مجتهد آخر، فلأن يجوز له تقليد الصحابي أولى، وروي عنه أيضاً أنه قال: أقلد من كان منهم فقيهاً وقاصياً، ولا أقلد من سواهم، وفي رواية: أقلد جميع الصحابة من كان صاحب صحة لا صاحب رؤية إلا بثلاثة نفر، منهم أس^(١) بن مالك،

١ - أس بن مالك بن نصر أبو حمزة الأنصاري، الخرجي، خادم رسول الله ﷺ وأحد أكثرين من الرواية عنه، خرج مع رسول الله ﷺ إلى بدر، وهو علام بخدمته، خدم النبي ﷺ عشر سنين، ودعا له النبي ﷺ وأقام بالبصرة، وتوفي بها، وكان آخر أصحابه موتاً بالبصرة، قيل مات رضي الله عنه، سنة تسعين وقال بعضهم سنة إحدى وتسعين، وقال أبو نعيم الكوفي مات سنة ثلاث وتسعين (الإصابة ١/ ٧١ ٧٢)

وأبو هريرة^(١)، وسمرة^(٢) بن جندب رضي الله عنهم، أما أس رضي الله عنه، فإنه رقَّ عقله في آخر عمره، وكان يستغني من علقمة^(٣)، وأنا لا أقفد علقمة

١ أبو هريرة الدوسي البجلي، الحافظ الفقيه صاحب رسول الله ﷺ، عيد الرحمن بن صخر على الأشهر، قدم أبو هريرة مهاجراً ليالي فتح خيبر، حفظ عن النبي ﷺ الكثير، وعن أبي بكر، وعمر، وأبي بن كعب، وعنه خلق كثير، وكان من أوعية العلم ومن كبار أئمة الفتوى، مع الخلافة والعبادة والنواصع، وليّ أمة المدينة، وباب أيضاً عن مروان في إمرتها، توفي سنة ثمان وخمسين، وقال بعضهم سنة تسع وقيل سنة سبع وخمسين (تذكرة الحفاظ ٢٨٨/١-٣١).

٢ - سمرة بن جندب بن هلال، سكن البصرة، وكان رباد يستحبه عليها ستة أشهر، وعلى الكوفة ستة أشهر، فلحقاً مات رباد امتنحه على البصرة، فأقره معاوية عيها عاماً، أو نحوه، ثم عمره وكان شديداً على الحرورية، وقال ابن سيرين في رسالة سمرة إلى بيه عمن كثير، وقال أيضاً كان سمرة - ما عنت - عظيم الأمانة، صدوق الحديث، يحب الإسلام وأهله، وكان من الحفاظ للكثيرين عن رسول الله ﷺ، وكانت وفاته بالبصرة في خلافة معاوية سنة ثمان وخمسين، وروى عن سمرة من الصحابة عمران بن حصين، وروى عنه كبار التابعين بالبصرة (الاستيعاب في معرفة الأصحاب على هامش الإصابة في تمييز الصحابة ٧٧/٢-٧٩).

٣ علقمة بن قيس بن عبد الله، فقه العراق الإمام أبو شبل الجهمي الكوفي، دخل إبراهيم الكوفي، وعم الأسد، ود في حياة رسول الله ﷺ، وسمع من عمر وعثمان وابن مسعود وعبي وبني الدرداء، كان من نُس أصحاب ابن مسعود، وقال ابن مسعود ما أقرأ شيئاً ومن أعظم شيئاً إلا علقمة يقرؤه ويعلمه، وكان فقهياً إماماً بارعاً، طُب الصوت بالقرآن، شيئاً مما يعل، صاحب حير وورع، كان يشبه ابن مسعود في هديه، ودسه، وسمته، وفصله، وكان أعرج، أخذ عنه إبراهيم، وإبراهيم بن سويد الجهمي، والشعبي، وطائفة، مات سنة اثنين وستين (تذكرة الحفاظ ٣٩/١).

وأما أبو هريرة رضي الله عنه فإنه كان يروي كل ما سمع من غير أن يتأمل في المعنى، حتى حُجر عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن الفتوى، وأما سمرة فإنه بلغني عنه أمر ساءني^(١).

(١٤٩٩) وعمل علمائنا رحمهم الله في هذه المسائل مختلف وإن محمداً

رحمه الله استدلل في الكتاب في مواضع كثيرة على جوار تقليد الصحابي حتى قال في كتاب البيوع: إعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على قدره شرط لجوار السلم عند أبي حنيفة؛ بلحا ذلك عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وخالفه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في ذلك بآراء، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: فيما اشترى شيئاً على أنه إن لم يقدر الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، ولعقد فاسد في القياس، تركناه لأثر يروي عن ابن عمر رضي الله عنهما^(٢).

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا صاع العين في يد الأخير المشترك عما يمكن التحرر عنه فهو صامس لأثر يروي فيه عن علي رضي الله

١ - انظر مسألة نقض الصحابي بالتفصيل في شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/١٨٣ - ١٨٥، رقم الفقرة ٣٩-٤١، والهداية ٥/٢٤١، كتاب البيوع، باب السلم، "هدى ما قاله أبو حنيفة رحمه الله في تقليدهم، وأما روايتهم فقال أما فيما روي عن رسول الله ﷺ فيؤخذ بروايتهم؛ لأن كل أحد منهم موثوق به فيما يروي" (شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/١٨٥).

٢ - انظر 'موسوعة فقه عبد الله بن عمر' ١٩١؛ وموسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه/٢٩٣.

عنه^(١)، وقال أبو حيفة رحمه الله: لا ضمان عليه؛ لأنه أمانة في يده، فأخذ بالرأي مع الرواية بخلافه عن علي رضي الله عنه، وقال محمد رحمه الله لا تطلق الحامل أكثر من واحد للسنة بلعاً ذلك^(٢) عن ابن مسعود وجابر^(٣) رضي الله عنهما، وقال أبو حيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إنها تطلق ثلاثاً بالرأي، وقال أصحابنا رحمهم الله: يجوز التيمم للحب لأجل الصلاة، وقال عمر وابن مسعود رضي الله عنهما: لا يجوز التيمم للحب^(٤)، فعرفنا أن عمل عمائنا

١ - موسوعة فقه علي رضي الله عنه / ٢١-٢٢.

٢ - قال في فتح القدير "بلعاً ذلك عن ابن مسعود، وجابر بن عبد الله، والحسن البصري (٤٦٠/٣)، كتاب الفلاق) لم يجد أثر ابن مسعود وجابر بن عبد الله، ولكن وجدنا أثر الحسن البصري في موسوعة فقه الحسن البصري للدكتور رؤاس قمعة جي، وفيه، لا تتراد الحامل على تطليقة حتى تصبح، فإذا وضعت فقد باتت مه (٦٨٣/٢)

٣ - جابر بن عبد الله بن عمرو الأنصاري السلمي، أحد المكثرين عن النبي ﷺ، وروى عنه جماعة من الصحابة، وله ولأبيه صحبة، وفي الصحيح عنه أنه كان مع من شهد العقبة، وعن قتادة قال كان آخر أصحاب رسول الله ﷺ موتاً بالمدينة "جابر"، قال يحيى بن بكير وغيره مات جابر سنة ثمان وسبعين (الإصابة ٢١٣/١)

٤ - ذكر الدكتور رؤاس قمعة جي في موسوعة فقه عمر رضي الله عنه رواية ذكرها البخاري في التيمم، ومسلم برقم ٣٦٨ في الحيض باب التيمم، وأبو داود برقم ٣٢١ في الطهارة والسائي في الطهارة باب تيمم الحب وهي أن رجلاً أتى عمر فقال إني أجست، ولم أجد ماء؟ فقال لا تصل، فقال عمار أما تذكر يا أمير المؤمنين إني أن وأنت في سرية، فأصابنا جابه، فلم يجد الماء، فأما أنت فلم تصل، وأما أنا فتمعكت في التراب، وصبيت؟ فقال رسول الله ﷺ إنما يكهيك أن تصرب يديك الأرض ثم تنفخ ثم تمسهما وجهك وكهيك، فقال عمر اتق الله يا عمار، فقال إن شئت لم أحدث به، فقال -

رحمهم الله هدا في مسائهم مختلف، ولشافعي رحمه الله فيه أقوال في قول
يقول: نقيد أبي بكر وعمر رضي الله عنهما حجة، وتقيد غيرهما ليس
بحجة^(١)؛ لأن قوله عليه السلام، افتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر^(٢)
يمتضي وجوب اتدعهما، وإن حالهما غيرهما من الصحابة، وفي قول يقول:
بتقليد الخلفاء الراشدين لا غير؛ لقوله عليه السلام "عليكم بسني وسنة الخلفاء
الراشدين من بعدي"^(٣) وأظهر أقواله تقليد الصحابي لا يجوز والقياس مقدم

عمر "نويث ما نويث" ثم ذكر الدكتور قول النووي عن الصباغ أن عمر رضي الله
عنه رجع عن ذلك وحرم به القرطبي (موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه
٢٢٩-٢٣٠)

وذكر في موسوعة فقه عبد الله بن مسعود أن ابن مسعود رضي الله عنه كان يقول أولاً
إذا كنت في سفر فأجيب، فلا يصل حتى يجد الماء، وإذا أحدث فتيمم وصل، ثم ذكر
رجوعه إلى بإباحة التيمم للمحب الذي لا يجد الماء (موسوعة فقه عبد الله بن مسعود
١٥٤، ١٥٥)

- انظر تفصيل مذهب الإمام لشافعي في هذا الباب أدب القاضي للماوردي ٢٦٩/١ -
٢٧٢.

٢ - الحديث رواه الترمذي في المساق عن حذيفة بن اليمان في حديث حسن (السنن
٦٠٩/٥ - ٦١٠، رقم الحديث ٣٦٦٢-٣٦٦٣، ورواه بن ماجه عن حذيفة في المقدمة
(السنن ٣٧/١، رقم الحديث ٩٧، باب في مسائل أصحاب رسول الله ﷺ، وتختص
الجهر ١٩٠/٤، رقم الحديث ٢٠٩٦).

٣ - رواه الدارمي في السنن ٧٥/١، رقم ٩٥، باب اتباع السنة ط دار الكتاب العربي
١٩٨٧م، بيروت، ورواه أبو داود في السنن ٢٠٠/٤ - ٢٠١، رقم ٤٦٠٧، باب في -

عنه ومذهب مذهب أبي سعيد البردعي، وإليه ذهب أبو بكر الجصاص، ولا خلاف بين أصحاب المتقدمين والمتأخرين رحمهم الله أن قول الواحد من الصحابة حجة فيما لا مدخل للقياس في معرفة الحكم فيه، نحو المقادير التي لا تعرف بالرأي، فإن أحدا بقول علي رضي الله عنه: في تقدير أقل المهر بعشرة دراهم^(١)، وأحدا بقول أس رضي الله عنه: في تقدير أقل الخيصر بثلاثة أيام، وأكثره بعشرة أيام، ويقول عثمان^(٢) بن أبي العاص: في تقدير أكثر الفاس بأربعين يوماً^(٣)، ويقول عائشة^(٤) رضي الله عنها: في أن الولد لا يبقى في البطن

«تروم السّنة ح: المكتبة العصرية، صيدا، بيروت ١٩٩٥م، ورواه ابن ماجه أيضا في

مقدمة (س ١٥١، رقم ٤٢، وتلخيص الخير ١٩٠/٤، رقم ٢٠٩٧

١ - انظر: موسوعة فقه علي كرم الله وجهه/٥٩٣.

٢ عثمان بن عفان بن أبي العاص، ولد بعد الغيل بست سنين على الصحيح، وكان ربه، حسن الوجه، رقيق البشرة، عظيم اللحية، بعيد ما بين المنكبين، وروح النبي ﷺ ابنته ربه من عثمان، وماتت عنده أيام بدر، فزوجه بعدها أختها أم كلثوم، فحدث كان يقب "دا" سورين، قد بن إسحاق قبل على رأس إحدى عشرة سنة، وأحد عشر شهرا، وأثنى وعشرين يوماً من خلافته، فيكون ذلك في ثلثي وعشرين دي الحجة، سنة خمس وثلاثين (الإصابة في تمييز الصحابة ٤٦٢/٢-٤٦٣).

٣ - انظر: موسوعة فقه عثمان بن عفان/٢٨٢.

٤ أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديقة الحمراء، روجة النبي ﷺ، من أدكباء العالم، وأكابر فقهاء الصحابة، لها نظر عميق، ستركت على الصحابة في عدة مسائل، تسدل استدراكها هذه على عقبتها وجوده الفريجة والطبع الوقاد، تزوجها النبي ﷺ في السنة الثانية بعد الهجرة، فكانت أحب مسائه إليه، وأكثرهن رواية للحديث عنه، وكان أكبر الصحابة يسألونها عن العرائض، فتجيبهم، بوقت في المدينة في ليلة من ليالي شهر -

أكثر من مستتين^(١).

(١٥٠٠) لأن أحداً لا يظن بهم المخارفة، ولا يحمل قوهم في حكم الشرع على الكذب^(٢)، فإن طريق الدين من الصوص إنما انتقل إليهما بروايتهم، وفي حمل قوهم على الكذب والباطل طي بساط الشريعة فلم يبق إلا الرأي، أو السماع ممن يثزل عليه الوحي، ولا مدخل للرأي في هذا الباب، فتعين السماع وصار فتواه مطلقاً كرواية عن رسول الله عليه السلام، ولا شك أنه لو ذكر سماعه من رسول الله عليه السلام كان ذلك حجة لإثبات الحكم به، فكذا إذا أفنى^(٣).

[قول الصحابي فيما لا يدرك بالقياس]

(١٥٠١) ولهذا قلنا: إن قول الواحد فيما لا يجري فيه القياس، يكون حجة في العمل به كالص، ويترك القياس به^(٤).
حتى أن في شراء ما باع بأقل مما باع فل نقد الثمن أحداً بقول^(٥)
عائشة رضي الله عنها، وتركا القياس^(٦)

=رمضان المبارك ليلة الثلاثاء السابع عشر منه في السنة الثامنة والخمسين لهجرة (الأعلام

لمرركلي ٣/٢٤٠ وموسوعة فقه عائشة رضي الله عنها/٨٨

١ - انظر موسوعة فقه عائشة أم المؤمنين /٢٧٧ وأحكام القرآن للحصاص ٣/١٠٩٦.

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/٨٦، رقم الفقرة ٤٢.

٣ - انظر تفصيل ما يتعلق بفتوى الصحابي في كشف الأسرار ٣/٢١٩ وأصول الفقه للإمام محمد أبي وهرة /١٨٨-١٩١.

٤ - كشف الأسرار ٣/٢١٩.

٥ - انظر موسوعة فقه عائشة الصديقة أم المؤمنين رضي الله عنها /١٩٤.

٦ - كشف الأسرار ٣/٢١٩.

وكذلك أحدا بقول ابن عباس رضي الله عنهما في النذر بدبح الولد أنه يوجب دبح شاة^(١)، لأنه قول يخالف القياس، فيتعين فيه جهة السماع. وأحدا بقول ابن مسعود رضي الله عنه: في تقدير الحمل لراد الآبق من مسيرة سمر بأربعين درهما^(٢)، لأنه قول يخالف القياس: وهو إطلاق الفتوى منه فيما لا يعرف بالقياس فتعين جهة السماع^(٣).

(١٥٠٢) فإن قيل: هذا المعنى يوجد في قول التابعي، فإنه لا يطرأ المخارفة في قول المجتهد في كل عصر، ولا يجوز حمل كلامه على الكذب قصداً، ومع ذلك لا يتعين جهة السماع بقبوله عند الإطلاق حتى لا يكون حجة فيما لا يُستدرك بالقياس، كما لا يكون حجة فيما يعرف بالقياس^(٤).

قلنا: إن قول الصحابي يكون أبعد عن احتمال العلط وقلة التأمل فيه من قول غيره، لاحتمال السماع ممن كان يترلق عليه الوحي بعير واسطة، واحتمال قول من بعدهم بالسماع يكون بواسطة الفل، وتلك الواسطة لا يمكن إثباتها بعير دليل، وبدونها لا يثبت اتصال قوله بالسماع بوجه من الوجوه، فمن هذا الوجه يقع الفرق بين قول الصحابي وقول من دونه فيما لا مدخل للقياس فيه^(٥).

١ - انظر: موسوعة فقه عبد الله بن عباس / ٦٥٣-٦٥٤.

٢ - انظر: موسوعة فقه عبد الله بن مسعود / ٢٧.

٣ - انظر: أصول الفقه للإمام أبي رهرة / ١٨٨-١٩١.

٤ - كشف الأسرار ٢١٩/٣.

٥ - انظر: كشف الأسرار ٢١٩/٣، وأصول الفقه للإمام أبي رهرة: ١٨٨-١٩١.

(١٥٠٣) فإن قيل: يعني أن لا يكون قول الصحابي حجة، ولا يترك

به القياس، إذ لو كان حجة لكان لا يجوز الاعتراض على قوله كقول الرسول عليه السلام، ومع هذا يجوز الاعتراض على أقوالهم بـ "لم" و "ماذا"، ولأن القياس حجة عند الصحابي فلا يجوز ترك القياس الذي هو حجة عنده بقوله، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا لا يدعون الناس إلى اجتهداهم، فلو كان قوهم حجة لكانوا يدعون إلى اجتهداهم وهم كانوا لا يدعون إلى اجتهداهم، فإنه روي عن عمر رضي الله عنه: أنه كتب إلى شريح رحمه الله: "اجتهد رأيك فيما لم تجد فيه الكتاب والسنة"^(١)، ولو كان قوله حجة لدعاه إلى قوله، ولم يأمره بالاجتهاد.

قد قيل: لو كان قول الصحابي حجة لا يجوز الاعتراض على قوله من صحابي مثله وأما من غيره فلا^(٢).

وأما جواز الاعتراض على قوهم بـ "لم" و "ماذا"، قد ثبت لم يحرم ذلك ثبت المساواة بين النبي والنبي، والولي إن كان علي المرتضى، رفيع الدرجة، لا يسمع درجة النبي، فلهذا المعنى جواز الاعتراض على قوله أما قوله بأن القياس حجة عنده، فلا يترك ما هو حجة عنده بقوله، قد رآه واجتهاده وقياسه يكون مفيداً على قياسه واجتهاده، فهم يرون ما

١ - انظر موسوعة فقہ عمر بن الخطاب رضي الله عنه ٧٢٩/١ وشرح أدب لقاصي للصدر الشهيد ٢٠٤-٢٠٥، رقم: ٦٠.

٢ - انظر كشف الأسرار ٢١٩/٣ وأصول الفقه للإمام أبي زهرة ٩٢

مترزة المعني من انعامي، ثم العامي يلزمه تقليد المعني، كذلك يلزمنا تقليد الصحابي.

وأما قوله: "كانوا لا يدعون الناس إلى اجتسادهم" قلنا: ذلك في عصرهم، أما في عصرنا إن عدمت الدعوة، فقد وجدت الدعوة من رسول الله عليه السلام إلى اجتسادهم والافتداء بهم^(١).

وهو قوله عليه السلام: اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر رضي الله عنهما^(٢)، أمرنا بالافتداء بهم فلزمنا قولهم كقول الرسول عليه السلام.

[تعيين المقادير]

(١٥٠٤) فإن قيل: إن العلماء رحمهم الله قالوا في المقادير بالرأي من غير أثر فيه، فإن أبا حيفة قدّر مدة البلوغ بالسنة، وقدّر مدة وجوب دفع المال إلى السعي لم يؤس منه الرشد، خمس وعشرين سنة، وقدّر مدة موت المرأة الواقعة في ابتر بيوم وليلة، وقدّر مدة تصفّحها وامتاحتها بثلاثة أيام ولياليها، وقدّر أصحاب رحمهم الله ما يظهر به البتر من الررح عند وقوع المرأة فيه بعشرين دنواً، وقدّر أبو يوسف ومحمد رحمهما الله مدة تمكّن الرجل من نفي الولد بأربعين يوماً بالرأي، فهذا تبيين فساد قول من يقول: إنه لا

١ - انظر أصول الفقه للإمام أبي رهرة ١٨٨/١٨٩

٢ - روه الترمذي في المعنى عن حديفة بن اليمان ٦٠٩/٥ - ٦١٠، رقم ٣٦٦٢

٣٦٦٣، روه بن ماجه في سنه ٣٧/١، رقم ٩٧، باب في فضائل أصحاب رسول

الله ﷺ

مدخل للرأي في معرفة المقادير، وجهة السماع متعين في ذلك مما قاله الصحابي.

قال شمس الأئمة المرحومي رحمه الله: المراد بقضا "إن المقادير لا تعرف بالرأي"، المقادير التي ثبتت^(١) لحق الله تعالى ابتداءً دون التي تتردد بسبب القليل والكثير، فإن المقادير^(٢) في الحدود والعادات كأعداد الركعات في الصلوات ما لا يشكل على أحد أنه لا مدخل للرأي في معرفة ذلك، وكذلك ما يكون بشك النصفة، أما ما استدلتكم به فهو من باب العرق بين القليل والكثير فيما يحتاج إليه، فإن تعلم أن اس عشر سبب لا يكون بالعلم، وأن اس عشرين سنة يكون بالعلم، ثم التردد، فيما بين ذلك يكون هذا استعمال الرأي في إزالة التردد وهو نظير معرفة القيمة في المعصوب، ولست نهلك، ومعرفة مهر المثل، والتقدير في العقبة، فإن للرأي مدخلاً في معرفة ذلك من الوجه الذي قلنا.

(١٥٠٥) فإن الله تعالى قال. ﴿ فَإِنْ ءَآتَيْتُمْ مِنْهُمْ زُجْجًا فَأَدْفَعُوا إِلَيْهِمْ

أَمْوَالَهُمْ ﴾^(٣)، وقال. ﴿ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْتِرْفَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْفُرُوا ﴾^(٤) فوفقت

الحاجة إلى معرفة الكبير على وجه يتقن معه بوع من الرشد، وذلك مما يعرف

١ - وفي نسخة "ج" (في الحدود).

٢ - انظر: أصول الفقه للإمام أبي زهرة ٢٢٩-٢٣٠.

٣ - [النساء: ٦]

٤ - [النساء: ٦]

بالرأي، فقدّر أبو حبيمة رحمه الله ذلك بحمى وعشرين سنة؛ لأنه يتوهم أن يصير جداً في هذه المدة، ومن صار فرعه أصلاً، فقد تهاوى في الأصلية، فيوصف بصمة الكبير، وإيأس الرشد منه باعتباره أنه يلع أشدّه، فإنه قيل في تفسير الأشدّ المذكور في سورة يوسف^(١) هذه المدة

وكذلك ما قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فإنه يتمكن من النسي بعد الولادة بساعة أو ساعتين لا محالة، ولا يتمكن من النسي بعد سنة أو أكثر، وإنما وقع التردد فيما بين القليل والكثير من المدة، فاعتبر الرأي فيه بالسوء على أكثر مدة النفاس.

(١٥٠٦) وأما حكم طهارة البئر بالترج، ومدة انتفاع القارة، فمما عرفنا ذلك بآثار الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، فإن فتوى علي وابن عباس وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهم معروف في ذلك مع أن ذلك من باب الفرق بين القليل والكثير، وقد يبا أن للرأي مدحلاً في معرفة هذا كله^(٢).

[قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالف]

(١٥٠٧) وهذا كله في قول ظهر عن صحابي من غير دي ولاية، وم يشتهر عن أقرانه حلاله، أما بعد ما اشتهر إذا لم يظهر الكبر عن أحد منهم.

١ - [يوسف: ٢٢]

٢ - انظر موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه ٥٦٨/١ وموسوعة فقه عبد الله بن عباس ١١٥٦/١ وانظر فتح القدير لابن الهمام ١٠٦/١ ١٠٩

كان ذلك بمنزلة الإجماع، وإن طهر قول عن جماعة واشتهر، ولم يقل عن غيرهم خلاف ذلك، فهو إجماع عدنا^(١)، وكان عيسى بن أبيان يقول: ترك الكبر من ثاقين لا يدل على انعقاد الإجماع بدليل حديث^(٢) ذي الندين، فإنه حين قال: أقصرت الصلاة أم نستها يا رسول الله؟ فطر رسول الله عليه السلام إلى أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فقال: أحق ما يقول ذو الندين؟ ولو كان ترك الكبر دليل الموافقة لاكتفى به رسول الله عليه السلام منه ولم يستنطقهم في الصلاة من غير حاجة^(٣).

(١٥٠٨) وكان لكرحي رحمه الله يقول: ترك الكبر في المجتهدين لا يكون دليل الموافقة؛ لأنه ليس لأحد من المجتهدين أن يكر على صاحبه وأن يمين له ما أدى إليه اجتهاده^(٤).

(١٥٠٩) ويحكى عن الشافعي رحمه الله أنه كان يقول: إن طهر قول من أكثر العلماء والساكتون نفي يسير منهم، ثبت لهم الإجماع، وإن نشر القول من واحد أو اثنين، والساكتون أكثر علماء العصر لا يثبت لهم

١ - انظر: أصول الفقه للإمام أبي زهرة / ١٨٢-١٨٣.

٢ - أخرجه البخاري في صحيحه / ٧١٥ و ١٢٢٧ وأخرجه مسلم في صحيحه ٥٧-٥٧٢

٣ - انظر حول الموضوع كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البردوي بالإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ٢٢٨/٣-٢٢٩ ط العاروف المحدث مطبعة والبشر ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

٤ - كشف الأسرار ٢٢٩/٣ والمستصفي ١/١٨٨.

الإجماع؛ لأن السكوت محتمل قد يكون للموافقة وقد يكون للمهاية والتقية مع احتمال الخلاف، والاحتمال لا يكون حجة^(١)

(١٥١٠) وبعض العلماء رحمهم الله شرطوا بلوغ ظهور القول منهم حد التواتر، وبعضهم أنكروا انعقاد الإجماع بسكوت الباقيين^(٢).

وذكر الصدر الإمام أستاذ الأئمة طهیر الدین المرعشي رحمه الله عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله لو شرط لانعقاد الإجماع التصبص من كل واحد منهم على قول، وإطهار الموافقة مع الآخرين، أدى إلى أن لا يعقد الإجماع أصلاً؛ لأنه حينئذ يكون تعليقاً بشرط ممتنع، والتعليق بشرط ممتنع يكون مياً وإعداماً، وقد انعفا على أن الإجماع حجة، وطريق لمعرفة الحكم، ولا طريق لمعرفة وانعقاده إلا شصيص البعض وسكوت الباقيين؛ إذ ليس في وسع علماء كل عصر السماع من جميع العلماء الذين في عصرهم إلا نادراً، فعلم أنه تعذر الوقوف على قول كل واحد بطريق السماع حقيقة، فوجب أن يكون اشتهاار القول منهم وترك الكبير من الباقيين إجماعاً، حتى لا يكون تعليقاً بشرط ممتنع^(٣).

وأما قوله: بأن السكوت محتمل قد يكون للموافقة، وقد يكون للتقية، فها: نحن لا نحصل مجرد السكوت عن ترك الكبير وإطهار خلاف ما عنده دليل

١ - كشف الأسرار ٢٢٩/٣.

٢ - كشف لأسرار ٢٢٩ ٣ وذكر فيه دلائل من ذهب إلى هذا نرى بالتصصيل

٣ - كشف الأسرار ٢٣٠/٣.

الموافقة، بل يجعل السكوت بعد اشتها الحادثة بعد عرص الفتوى عليه
والسؤال عنه.

وبعد مضي مدة التأمل، ورماد التروّي، وردّ الحادثة إلى الاشتها، وتغير
الأشبه من بين الأشها دليلاً على الوفاق؛ لأن الحق لو كان عنده غيره يجب
عليه الردّ، ولا يحل له السكوت كالشي عليه السلام إذا ظهر عنده الناسخ
والمسوخ، لا يحل له السكوت ويلزمه الإبلاغ، كما لزمه إبلاغ النص، ولما
سكتوا تبيّن أن الحق عندهم، هذا، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا
قدوةً لمخلّق، وإذا كانوا كذلك لا يحل لهم السكوت عن إظهار ما هو حق
عندهم؛ لأن سكوتهم حينئذ يكون تركاً للأمر بالمعروف، وتعصيلاً للغير،
وحلّ منصبهم عن ذلك^(١).

فإن قيل: إن كان لا تنتهي هذه المدة إلا بموته؛ لأن الإنسان قد يكون
متفكراً في شيء مدة عمره، فلا يستقرّ فيه رأيه على شيء، فقد رأى رأياً في
شيء، ثم ظهر له رأي آخر، فيرجع عن الأول، فعلى هذا، مدة التروّي لا
تنتهي إلا بموته، قلنا: إذا مضى من المدة ما يتمكّن فيه من النظر والاجتهاد
فعليه إظهار ما تبيّن له باجتهاده من توقف في الجواب، أو خلاف، أو وفاق،
ولا يحل له السكوت عن الإظهار إلا عند الموافقة، وبعد ما سبق الإجماع بهذا
الطريق، ليس له أن يرجع عنه برأي يعرض له؛ لأن الإجماع موجب للعزم

١ - كشف الأسرار ٣/٢٣١.

قطعاً بمنزلة النص، وكما لا يجوز ترك العمل بالنص باعتباره رأي يعترض له، لا يجوز له مخالفة الإجماع برأي يعترض له بعد ما انعقد الإجماع بديله.

وكذلك إن لم يعرض عليه الفتوى، ولكن اشتهر الفتوى في الناس على وجه يعلم أنه قد بلغ ذلك الساكنين من علماء العصر، فإن ذلك يقوم مقام العرض عندهم؛ لأنه يجب عليهم إظهار الخلاف الذي عندهم إن كانوا يعتقدون خلاف ذلك على وجه ينتشر هذا الخلاف منهم، كما انتشر القول الأول؛ ليكون الثاني معارضاً للأول.

ولو أظهروا ذلك لانتشر، وعدم انتشار الخلاف دليل على الموافقة، وهذا الطريق أثبت العلماء كون القرآن معجراً؛ لأن العرب ما عارضوه بمثله، ولو فعلوا لانتشر ذلك، وعجزهم عن المعارضة بعد التحذير دليل على أنه معجز.

[ما اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم فالحق لا يعدو أقاويلهم]

(١٥١١) وما اختلف فيه الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، فالحق لا يعدو أقاويلهم، حتى لا يتمكن أحد أن يقول بالرأي قولاً خارجاً عن أقاويلهم^(١).

وكذلك لا يشعر بطلب الدارج في أقاويلهم لجعل المتأخر بأسحاً للمقدم، كما في آيتين واخبرين، لأنه لما ظهر الخلاف بينهم ولم يمر الحاجة

١ - كشف الأسرار ٢٢٥/٣.

بسماع من صاحب الوحي، فقد انقطع احتمال التوفيق فيه، ومجرد القول بالرأي لا يكون ناسخاً للرأي، ولهذا لم يجر مسح أحد القياسين بالآخر، ولكن طريق العمل طلب الترجيح بريادة قوة لأحد الأفاضل، فإن ظهر ذلك وجب العمل بالراجح، وإن لم يظهر بتخير المستل بالحادثة في أحد بقول أيهما شاء بعد أن يقع في أكبر رأيه أنه هو الصواب^(١).

وبعد ما عمل بأحد القولين لا يكون له أن يعمل بالقول الآخر إلا بدليل، وهذا من باب المعارضات^(٢).

[مخالفة التابعي لإجماع الصحابة]

(١٥١٢) وإن اجتمعت الصحابة -رضوان الله عليهم- على حكم، وحالفهم واحد من التابعين، إن كان ممن لا يبلغ درجته درجة العوى في رمن الصحابة رضي الله عنهم، ولم يراحمهم في الإجهاد، لا خلاف أنه لا يعتبر خلافه حتى لو قصى القاضي بقوله كان ذلك باطلاً. وإن جاء عن بعض التابعين قول، ولم يقل عن غيره شيء، فعلى أبي حنيفة رحمه الله روايتان: في رواية قال: هم رجال وعنى رجال، اجتهدوا ومجتهد^(٣).

ودكر في البواد أنه قال: ما جاءنا عن التابعين راحمهم، فلا خلاف بين العلماء أن قول التابعي لا يكون حجة على وجه يترك القياس بقوله، ولا

١ - كشف الأسرار ٢/٢٢٥.

٢ - كشف الأسرار ٢/٢٢٥.

٣ - شرح أدب القاضي للمصدر الشهيد ١/١٨٦.

خلاف أن من لم يدرك عصر الصحابة من التابعين، لا يعتدّ خلافه في إجماعهم^(١).

أما من أدرك عصر الصحابة، وراحهم في القسوى، وسوّعوا له الاجتهاد كشريع^(٢) والحسن^(٣) وسعيد^(٤) بن المسيب والبخمي^(٥) والشامي^(٦) رضي الله عنهم يعتدّ خلافه، حتى لا يتم إجماع الصحابة مع خلاف واحد منهم^(٧).

وقال بعض الناس: لا يعتدّ خلافهم، وهو قول الشافعي رحمه الله، وجه قوله: أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا محصوصين بصحة رسول الله

١ - كشف الأسرار ٢٢٦/٣.

٢ - مرت ترجمته في الجزء الأول.

٣ - مرت ترجمته في الجزء الأول.

٤ (١٣-٩٤هـ = ٦٣٤-٧١٣م) سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخرومي القرشي، أبو محمد سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة، جمع بين الحديث والعقود والرهود والورع، وكان يعيش من التجارة بالرب، لا يأخذ عطاء وكان أحفظ الناس لأحكام عمر بن الخطاب وأقصيته، حتى سُمّي راوية عمر، توفي بالمدينة (الأعلام للزركلي ١٠٢، ٣)، وراجع لترجمته طبقات بن سعد ٨٨/٥، وتذكرة الحمط، رقم ٣٨، وهامش أدب القاضي للملوردي ٣٩٩/١.

٥ - مرت ترجمته في الجزء الثاني.

٦ - مرت ترجمته في الجزء الثاني.

٧ - كشف الأسرار ٢٢٥/٣.

انظر المستقصى من علم الأصول للإمام الغزالي رحمه الله تحت عنوان هل يعقد إجماع غير الصحابة ١، ١٨٢، دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت، لبنان

عليه السلام، ومشاهدة أحوال الوحي، ونزول التنزيل، وعرفوا مصادر كلامه ومخارجه، وسمعوا منه الخطاب، ووقفوا على أحواله وأفعاله، وهم كانوا في الدرجة القصوى والمنزلة العليا^(١)، ولهذا جمعنا أن التابعي الذي لم يدرك عصر الصحابة لا يرل منزلة التابعي الذي أدرك عصرهم في الاحتجاج بقوله، ولأن صاحب الشرع أمر بالاعتداء بهم وبذب إلى ذلك بقوله: "بأيهم اقتديتم اهتديتم"^(٢)، وهذه المعاني لا توجد في حق التابعي، وإن أدرك عصرهم فلا

١ - أما ما يستمر به الإجماع فالشافعي رحمه الله عتبر له أربع شرائط أحدها العلم بانفاقهم عليه، والثاني استدامة ما كانوا عليه، وعدم الحدوث من أحدهم خلاف، والثالث إقراض العصر، والرابع أن لا يلحق بالعصر الأول من يارعه من العصر الثاني، وفي هذه المسألة أصحاب الشافعي اختلفوا على رأيين قال الماوردي: فإن لحق بعض الصحابة بعض التابعين، فخالهم فيما أجمعوا عليه، فقد اختلف أصحاب الشافعي رحمهم الله، هل يجمع خلافة من انعقاد الإجماع، على وجهين أحدهما: أن الإجماع ينفقد، لا يرتفع بخلافه؛ لأهم مشاهدة الرسول ﷺ أحفظ لشريعته، وقد أبكرت عائشة رضي الله عنها على أبي سلمة بن عبد الرحمن مراعته الصحابة وقالت أراك كالقرواح إذا اجتمع مع الديكة صابحها والوجه الثاني: أن خلافة يجمع من انعقاد الإجماع؛ لأن صغر السن لا يمنع من نفوذ القول، كما خالف ابن عباس رضي الله عنهما في صغر سنه أكاير الصحابة، وقد قال علي "اعرف الحق، تعرف أهله" (أدب القاضي لهماوردي ١/٤٧٠-٤٧٦؛ وكشف الأسرار ٢٢٦/٣).

٢ - ذكر الحافظ ابن حجر أنه أخرجه، أي هذا الحديث عن عبد بن حميد في مسنده عن ابن عمر، والدارقطني عن جابر، والبرار عن عمر وأنس، والقصاصي عن أبي هريرة، وغيرهم، وفي أسانيدهم كلام، تلخيص الحبير ٤/١٩٠-١٩١، رقم ٢٠٩٨؛ وشرح أدب القاضي لنصدر الشهيد ١/١٨١؛ وأدب القاضي لهماوردي ٢٧٠/.

يصلح أن يكون مراحماً لهم، قلنا: لما أدرك عصرهم وسوّعوا له اجتهد الرأي والمراحة معهم في الفتوى والحكم بخلاف رأيهم صار كواحد منهم فيما ينبغي على اجتهد الرأي.

(١٥١٣) ثم الإجماع لا يعقد مع خلاف واحد منهم، وكذلك لا يعقد مع خلاف التابعي الذي أدرك عصرهم؛ لأنه من علماء ذلك العصر، ومن شرط انعقاد الإجماع: أن لا يكون أحد من أهل العصر مخالفاً لهم.

(١٥١٤) وبيان هذا أن عمر رعلياً رضي الله عنهما قلداً شريعياً القضاء بعد ما ظهر منه مخالفتها في الرأي، وإما قلده القضاء ليحكم برأيه.

فإن قيل: قلده القضاء ليحكم بقولهما، أو بقول بعض الصحابة رضي الله عنهم سواهما، قلنا. قد روي أن عمر^(١) رضي الله عنه كتب إلى شريح: اقص بما في كتاب الله، فإن لم تجد فمسة رسول الله فإن لم تجد "فاجتهد برأيك"^(٢).

فإن قيل: معنى قوله "فاجتهد برأيك" "في آرائنا وأقوالنا"، قلنا: هذه ريادة على النص، والريادة على النص منزلة السج، وقد صرح أن علياً رضي الله عنه تحكم إلى شريح، وقضى عليه بخلاف رأيه في شهادة الولد لوالده^(٣)، ثم قلده القضاء في خلافته، وابن عباس رضي الله عنه رجع إلى قول مسروق في

١ - انظر: موسوعة فقه عمر بن الخطاب / ٧٢٩، وشرح أدب القاضي لصدر الشهيد ٢٠٤/١-٢٠٥.

٢ - انظر: موسوعة فقه عمر بن الخطاب / ٧٢٠ وموسوعة فقه علي / ٥٠٧.

٣ - انظر: موسوعة فقه علي رضي الله عنه / ٣٥٠-٣٥١، وكشف الأسرار ٣/٢٢٥، والميسوط للسرجمي ١٦/١٢٢، باب من لا تحوز شهادته.

الندر بديح الولد، فأوجب عليه شاة بعد ما كان يوجب عليه مائة من الإبل^(١)، فثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم سَوَّعُوا مخالفة التابعي بإمامهم، ورَضُّوا، بحكمه، فزل التابعي منزلة الصحابي.

ثم الصحابي إذا خالف الصحابي في شيء يعتد خلافه، فكذلك التابعي ولأن لأمر لا يحو إلا أن كان العبرة لنفس الصحبة، أو لمعنى في الصحبة، لا جائز أن يقارن بأن العبرة لنفس الصحبة؛ لأن كثيراً من الناس صحبوا رسول الله عليه السلام، ولا يعد بقوله مع وجود الصحبة؛ إذ لم يكونوا من أهل الاجتهاد في الأحكام؛ ولأن إجماع كل عصر حجة، وإن عُدَّت الصحبة لهم فثبت أن العبرة لمعنى في الصحبة، وهو الفقه، والعلم، ومعرفة التنزيل وتأويل، ثم لصحابة رضي الله عنهم فيما بينهم كانوا متفاضلين في الدرجة.

فإن درجه اخصاء الراشدين فوق درجة غيرهم في القضية، ولم يدل ذلك على أن الإجماع لذي هو حجة يثبت بدون قوهم، وأما اختصاصهم بالمصائل، فمحس لا سكر ذلك، فنقول به، ولكن باب الاجتهاد وإدراك جهة الصواب ليس على مبارز الفصل والسبق، فإنه يجوز أن يختص أحد بإدراك حق كان لا يدرك من هو أفضل منه.

وأما سماعهم من رسول الله عليه السلام، فيما سمعوا، ولكن نقلوا كما سمعوا؛ إذ لا يُتَوَقَّعُ منهم ترك النقل عند السماع، وحديثه يخصهم تذك

١ - انظر موسوعة لغة عبد الله بن عباس / ٦٥٢ - ٦٥٤؛ وكشف الأسرار ٢٢٦/٣

الفصلية، ولأن النبي عليه السلام جعل المحمول إليه أفضل من الحامل حيث قال: "رُبَّ حَامِلٍ فَقِهٍ إِلَىٰ مَنْ هُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ"^(١)، فإذا لم يثبت للمحمول إليه الأفضلية، فلا أقل من أن يثبت له المساواة

(١٥١٥) وأما وقوفهم إلى خطاب رسول الله عليه السلام، قلنا: بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: إن النبي عليه السلام إذا خاطب قوماً بخطاب يريد قصر حكم الخطاب عليهم، يخاطب على وجه يقع العلم للمخاطبين دون غيرهم، وإذا أراد انتشار الحكم يخاطب على وجه يقع العلم بمخاطبين وبسامعين الحاضرين وغير الحاضرين. (رصي الله عنهم)^(٢).

[الإجماع بعد الاختلاف]

(١٥١٦) قال المتقدمون إذا اختلفوا في شيء على قولين، ثم أجمع من بعدهم على أحد القولين، كحجور بيع أم الولد وعدم حجوره، فإن حجور بيع أمهات الأولاد يختلف فيه في الصدر الأول، فعمر وعلي رصي الله عليهما كتاباً لا يحجوران ببيعها^(٣)، وهكذا روي عن عائشة رصي الله عليها^(٤)، وقال علي

١ - قطعة حديث أخرجه بن ماجه عن زيد بن ثابت رصي الله عنه، رقم: ٢٣٠، باب من يلع عمناء، وفي النسخ، رقم: ٣٥٠٦، باب الخطة يوم الحبر، وأحمد في مسنده، حديث زيد بن ثابت ١٨٣/٥ وأبو داود في مسنده عن زيد بن ثابت، رقم: ٣٦٦٠، باب فصل نشر العلم، والترمذي في مسنده عن عبد الله بن مسعود، باب الحث على تبليغ السماع، رقم: ٢٦٥٨.

٢ - كذا في الأصل.

٣ - انظر موسوعة فقه عمر بن الخطاب رصي الله ١٧٠/١ وموسوعة فقه علي بن أبي طالب/١٣٧

٤ - انظر موسوعة فقه عائشة أم المؤمنين رصي الله عليها ١٩٣.

رَضِيَ اللهُ عَنْهُ آخِرًا: يَجُورُ بِبِعْهَا^(١)، ثُمَّ أَجْمَعَ الْمُتَأَخَّرُونَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُورُ بِبِعْهَا، وَتَرَكَوْا قَوْلَ عَلِيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ آخِرًا^(٢).

(١٥١٧) فَبِهَذَا الْإِجْمَاعُ يَرْفَعُ الْخِلَافُ الْمُتَقَدِّمُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، حَتَّى لَوْ قَصَى الْقَاصِي مَجْوَازَ بَيْعِهَا لَا يَمُدُّ قِصَاؤُهُ؛ لِأَنَّ قِصَاؤَهُ لَمْ يَصَادِفْ مَحَلَّ الْإِجْتِهَادِ، لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ الْمُتَأَخَّرَ يَرْفَعُ الْخِلَافَ الْمُتَقَدِّمَ

وَقَالَ أَبُو حَبِيبَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ: الْإِجْمَاعُ الْمُتَأَخَّرُ لَا يَرْفَعُ الْخِلَافَ الْمُتَقَدِّمَ، حَتَّى لَوْ قَصَى الْقَاصِي مَجْوَازَ بَيْعِهَا يَمُدُّ قِصَاؤُهُ^(٣)، وَهَذَا يَقُولَانِ: لَوْ ثَبَتَ الْإِجْمَاعُ بِاتِّفَاقٍ مِنْ بَعْدِهِمْ، لَا بَدَّ مِنْ تَصْلِيلِ الْمُخَالَفِ؛ لِأَنَّ مُحَالَةَ الْإِجْمَاعِ ضَلَالٌ، وَتَصْلِيلُ بَعْضِ الصَّحَابَةِ وَالسَّلَفِ الصَّالِحِ مُحَالٌ، لِأَنَّ الْمُخَالَفَ لَوْ كَانَ حَيًّا لَا يَتَعَقَّدُ الْإِجْمَاعُ مَعَ مُحَالَتِهِ فَكَيْدًا بَعْدَ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّ بِالْمَوْتِ قَاتَ الْمُسْتَذِلَ دُونَ الدَّلِيلِ، وَإِنَّمَا هُوَ الدَّلِيلُ، وَإِنَّهُ قَائِمٌ فَيَسْمَعُ اتِّعَادَ الْإِجْمَاعِ.

وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: مَا هُوَ حَدُّ الْإِجْمَاعِ قَدْ وَجَدَ هَاهُنَا وَالِدِيلُ الْمُقْتَضَى لِكُونه حُجَّةٌ لَا يُوْجِبُ الْفَصْلَ بَيْنَ مَا إِذَا سَقَهُ مُخَالَفٌ، أَوْ لَمْ يَسَقَهُ، أَلَا تَرَى! أَنَّهُ لَوْ اجْتَمَعَ الْعُلَمَاءُ فِي عَصْرِ عَلَى حُكْمٍ وَاحِدٍ، وَاتَّعَقَدَ إِجْمَاعُهُمْ عَلَى ذَلِكَ، ثُمَّ اجْتَمَعَ أَهْلُ عَصْرِ بَعْدَهُمْ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ، صَحَّ ذَلِكَ، وَاتَّسَحَ

١ - انظر: موسوعة فقه علي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ / ١٣٧.

٢ - انظر: الفتاوى الهندية ٣/ ٣٥٨.

٣ - انظر: الفتاوى الهندية ٣/ ٣٥٨.

الأول بالثاني، فقول الكل لنا لم يصلح مانعاً من انعقاد الإجماع، فقول الواحد أولى.

وأما تصليل بعض السلف فليس كذلك؛ لأن الإجماع انعقد الآن، والتصليل في مخالفة الإجماع، وبعد ما انعقد الإجماع لم يوجد الخلاف، فلا يؤدي إلى الإضلال.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يقول: لا خلاف بين أصحاب رحمهم الله أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم^(١)؛ لأن حد الإجماع قد وُجد، والدليل الموجب لكون الإجماع حجة لا يوجب الفصل، فكان هذا القضاء في غير محل الاجتهاد عند الكل، فلا يبعد عند الكل.

وما ذكر في الكتاب: إذا قضى بخوار يبيع أمهات الأولاد لا يبعد قصاؤه، قول الكل، وما يقول: إنه يؤدي إلى تصليل بعض السلف، قلنا لا يؤدي؛ لأننا حمل هذا الإجماع بمنزلة البدن، أن ما أدى إليه اجتهاد المخالف في الصدر الأول تبدل الآن، فصار بمنزلة ما لو كان حياً وتحول رأيه إلى خلاف ذلك، حملاً لأمر المسلمين على اجتماعهم على ما يحل لهم، وعلى تعيين الحق والصواب في قوهم، وصيانة لهم عن تصليل من كان قبلهم من السلف الصالح. قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: ما ذكر في الكتاب أنه لا يبعد قصاؤه، قول محمد رحمه الله، وقال القاسمي أبو ريد^(٢) رحمه الله في

١ - انظر. أدب القاصي لحصاف مع شرحه للصدر الشهيد ١٢٦/٣؛ وانما أي اهتدية ٣٥٩/٣.

٢ - الذبوسي، اسمه عبيد الله بن عمر بن عيسى، من محول الفقهاء المبرزين، له نظر عميق، أنور الأصول والقواعد، كان القاصي أبو ريد الذبوسي - رحمه الله - له باع طوي - في -

تقومه^(١) في آخر فصل الإجماع: إن محمداً رحمه الله روى عنهم^(٢): أنه لا يعدد القصاص، وعن أبي يوسف رحمه الله في الوارث: أنه لا يعدد القصاص، وذكر الخصاص رحمه الله في أدب القاضي أنه لا يعدد من غير ذكر خلاف^(٣).

[ما يتوقف من الأقضية على إمضاء قضاء آخر]

(١٥١٨) وذكر في الباب الأول من أقضية الجامع الكبير: أن قضاء القاضي بخوار بيع أم الولد يتوقف على إمضاء قاص آخر وهو الأصح^(١) والوجه في ذلك: أن العلماء اختلفوا في أن بيع أم الولد هل يبقى محتقراً فيه؟ قال أصحابنا رحمهم الله: لم يبق محتقراً فيه، كما ذكره شمس الأئمة السرخسي

= لمطرات وخلاف، قد صنف الكتب الكثيرة، منها الأسرار، والطسم في الفتاوى، وكتاب تقويم الأدلة، بولي سنة ثلاثين وأربعمئة ببخارى رحمه الله (ملخصاً الفوائد البهية ١٠٩/٩)

١ - تقويم لأدلة في الأصول للقاضي الإمام أبي زيد عبيد الله بن عمر لدبوسي الحنفي (استوى ٤٣٠ هـ)، محمد، أوله أحمد الله رب العالمين إلخ، وشرحه الإمام فخر الإسلام علي بن محمد الردوي الحنفي المتوفى سنة اثنين وثلاثين وأربعمئة، وهو شرح حسن، اعتبره العلماء الحنفية، واحتصره أبو جعفر محمد بن الحسين الحنفي (كشف الطوبى ٤٦٧/١).

٢ - وقد استوفى العلامة ابن نجيم المصري رحمه الله في البحر الرائق، المسائل التي لا يعدد فيها القاضي ما احتصار، نقلاً عن البراريه وجامع المصولين وإخاينة والقبية والصرفية وغيرها (١٤-١٣/٧).

٣ - انظر، أدب انقاضي للخصاف مع شرحه للمصدر الشهيد، الباب الثاني والأربعين ١٢٣، ٣، والفتاوى الهدية ٣٥٩/٣ والبحر الرائق لابن نجيم ١١/٧

٤ - الفتاوى الهدية ٣٥٩/٣.

رحمه الله، ومن العلماء من قال: لا يرفع، فبقي مختلفاً فيه فكان في كونه مختلفاً فيه اختلاف، فيتوقف على قضاء قاضي آخر، فإن أمضاه قاضي آخر بعد، ولا يكون لأحد بعد ذلك إبطاله، وإن أبطل بطل، ولا يكون لأحد بعد ذلك إمضاؤه^(١).

وكذلك هذا الحكم في كل حادثة اختلف الناس فيها، أما يختلف فيها أو ليست يختلف فيها، أن قضاء القاضي فيها يتوقف على إمضاء قاضي آخر، إن أمضاه بعد، وليس لأحد بعد ذلك إبطاله، وإن أبطله قاضي آخر، ليس لأحد بعد ذلك إمضاؤه^(٢).

ولو قضى قاضي بشاهد ويمين لا ينعذ قضاؤه^(٣)؛ لأنه خلاف التوريل؛ لأن طاهر قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَائِكُمْ﴾^(٤)، يقتضي كون حجة الاستحقاق من جانب المدعي شهادة رجلين، أو شهادة رجل وامرأتين، فمن جعل يمين المدعي وشهادة شاهد واحد حجة، يكون محالاً لما اقتضاه نص الكتاب وحديث النبي عليه السلام، فإنه عليه السلام قسم المحجج قسمين، حيث قال البيه على المدعي، واليمين على من أنكر^(٥).

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٩.

٢ - انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٥٩.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٥٩.

٤ - [القرة: ٢٨٢]

٥ - هذا الحديث معروف متفق بالقبول عند الفقهاء، رواه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٥٤١، رقم ١٠٨٠٣-١٠٤٢٦، ١٠/٤٢٧، رقم ٢١١٩٧، الحديث في الصحيحين بنقط لكس اليمين على المدعى عليه، أخرجه عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس (البخاري في الرهن باب ٦، رقم ٢٥١٤، الشهادات باب ٢٠، حديث ٢٦٦٨، التفسير، سورة آل عمران باب ٦).

ودكر في كتاب الاستحلاف^(١): أن على قول أبي حبيشة وسميان الثوري رحمهما الله: يمد قضاؤه؛ لما روي عن رسول الله عليه السلام: "أنه قضى بشاهد ويمين الطالب"^(٢) وقد أخذ به بعض العلماء، فكان قضاءً في فصل مجتهد فيه يمد، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لا يمد؛ لأن الله تعالى جعل الحجة شهادة المثني، والحديث كان قبل برول آية المدائسة، فكان مسوحاً، وحكي عن العقيي أبي جعفر رحمه الله: أنه كان يذكر الرواية عن أبي حبيشة رحمه الله مثل قول أبي يوسف رحمه الله^(٣).

ودكر في النوادر: أن على قول أبي حبيشة ومحمد رحمهما الله: يمد، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: لا يمد^(٤)، وروي عن الرهري رضي الله عنه: أنه قال: إنه بدعة، وإنما قال ذلك؛ لأنه لم يعمل به أحد من الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - سوى معاوية^(٥)، فكان بدعة^(٦).

٣- حديث ٤٥٥٢، ومسلم في الأفضية حديث ١ و ٢، وانظر للتفصيل نصب الراية لربيعي كتاب الدعوى، باب اليمين ٢١٤/٤.

١ - وذكر في الفتاوى الهندية. "كتاب الاستحسان" (٣٥٩/٣)

٢ - أخرجه مسلم في صحيحه، رقم ١٧١٢، وأبو داود في مسنده، باب القضاء باليمين والشاهد، رقم ٣٦٠٨، وابن ماجه في مسنده، باب القضاء بالشاهد واليمين، رقم ٢٣٧١، وتلخيص الخير ٢٠٥/٤.

٣ - الفتاوى الهندية ٣٥٩/٣.

٤ - الفتاوى الهندية ٣٥٩/٣.

٥ - ذكر المصنف رحمه الله أول من قضى بشاهد ويمين هو معاوية رضي الله عنه وذكر المصدر الشهيد في شرح أدب القاضي إن أول من قضى بشاهد ويمين، هو مروان بن الحكم، وقعه بما لا يلحق به (١٢٤/٣) ثم قال معاوية - رضي الله عنه - هو أول من قضى بالقرود في القسامة (١٢٥/٣).

٦ - الفتاوى الهندية ٣٥٩/٣.

(١٥١٩) قال صاحب المحيط رحمه الله: وفي أقضية الجامع من تعليلي:

أن القضاء بشاهد^(١) ويمين يتوقف على إمضاء قاصٍ آخر، والذي يؤيد هذا المذهب ما ذكر أن بصرايياً، لو ادعى على مسلم مالاً، وجاء بشاهد مسلم فحلف، فلو قام بميمه مقام شاهد آخر، حتى جاز القضاء به، لكان قضاءً بشهادة الكافر على المسلم، وإنه محال، ومن نظائره: القضاء بحل متروك التسمية عمداً جائر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يجوز^(٢).

(١٥٢٠) قال: ولو قصي في حيد، أو قصاص، بشهادة رجل وامرأتين، ثم رفع إلى قاص آخر، يرى خلاف رأيه، فإنه يعد قضاؤه^(٣)، ففي هذا الفصل لم يلعبا الخلاف فيه إلا ما روي شاذاً عن شريح رحمه الله^(٤)، ولما لم يكن فيه نص قاطع، كان هذا موضع اشتباه الدليل؛ لأن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُوتَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾^(٥)، يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقاً نظراً إلى اللفظ، والنص إن ورد في باب المداية، ولكن العبرة لعموم اللفظ، لا لخصوص السب عدداً، فإذا قصي فيه، وقد قصي في موضع اشتباه الدليل، فكان قضاؤه كقصائه في محل مجهد فيه فيعد.

١ - هكذا في نسخة "ح"، وفي نسخة "ب" (بشاهدين)

٢ - الفتاوى الهدية ٣/ ٣٥٩.

٣ - الفتاوى الهدية ٣/ ٣٥٩-٣٦٠.

٤ - الفتاوى الهدية ٣/ ٣٥٩.

٥ - [البقرة: ٢٨٢]

(١٥٢١) قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله: العبرة لاشتباه الدليل في

معاد القضاء، لا لحقيقة الاختلاف، كما ذكرنا في معاد القضاء بشهادة رجل
وامرأتين في الحدود والقصاص، ولا يحور القضاء بحوار بيع أم الولد عند محمد
رحمه الله، وشاهد وعين عند أبي يوسف رحمه الله مع الاختلاف فيه، فعرف أن
العبرة لاشتباه الدليل.

قال صاحب الأقضية رحمه الله: حقيقة اختلاف الفقهاء لو كان مراداً
ما كان إرادتهم خلاف الشافعي رحمه الله؛ لأنه لا يعتبر وإنما المراد اختلاف
السلف فيه.

[القضاء في المختلف فيه]

(١٥٢٢) قال. وإذا قضى القاضي في فصل مجتهد فيه، وهو لا يعلم

بذلك، اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: بعد قضاؤه، وإليه أشار محمد رحمه
الله في كتاب الإكراه، وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وعامة
على أنه لا يحور، وإليه أشار في السير الكبير^(١)

فقد ذكر في أبواب القضاء إذا مات الرجل وترك رقيقاً، وعليه ديون،
فباع نقاصي رقيقه وقضى دية، ثم قامت التبعة لعصم أن مولاه كان دبره،
كان بيع القاضي فيه باطلاً، ولو كان القاضي عالماً بتدبيره فاحتسبه وأبطل
تدبيره، كان بيعه جائزاً، وقضاؤه في العصم في فصل مجتهد فيه، ومع هذا لم
يفذ قضاؤه، لما لم يعلم، ونفذ لما علم^(٢).

١ - المناوى الهدية ٣/٣٦٠

٢ - الفتاوى الهدية ٣/٣٦٠.

وهكذا ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات، والمذكور ثمة: إذا شهد محدودان في قذف، ولم يعلم القاضي بذلك، حتى قضى بشهادتهما، ثم علم، فإن كان من رأيه أن شهادة المحدود في القذف بعد التوبة حجة أمضى قضاءه وإن لم يكن من رأيه ذلك نقض قضاءه^(١) وهذا لأن القضاء بشهادة المحدود في القذف إذا لم يعلم القاضي بكونه محدوداً في القذف، يعد ظاهراً لا باطلاً، على ما عرف في موضعه، فكانت هذه الحالة بمنزلة ابتداء الشهادة، ولو علم القاضي بكون الشاهد محدوداً في القذف في حال ابتداء الشهادة، إن كان من رأيه أنه حجة يقضي بها، وما لا فلا، على ما يأتي بيانه بعد هذا.

(١٥٢٣) وهذا تنبيه على أن قضاء القاضي في المجتهد إما يعد إذا علم بكونه مجتهداً فيه^(٢)، وإلى هذا القول أشار في الجامع أيضاً، وهكذا ذكر الخصاص رحمه الله في أدب القاضي^(٣)، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح كتاب الرجوع عن الشهادات: هذا هو ظاهر المذهب.

[اشتراط الخصومة للقضاء في المجتهدات]

(١٥٢٤) وهما شرط آخر لعدد القضاء في المجتهدات: أن يجري فيها خصومة صحيحة بين يدي القاضي من خصم على خصم^(٤)، ثم إذا قضى القاضي بشهادة المحدود في القذف بعد التوبة، وهو يرى أن شهادته حجة، إما

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٠.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٠.

٣ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٦٩-١٧٠.

٤ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٠.

يعد قضاؤه، إما لأن هذا فصل مجتهد فيه^(١)، وإما لأن فيه اختلافاً في الصدر الأول، فعمر رضي الله عنه كان يراها حجة^(٢)، وابن عباس رضي الله عنه كان لا يراها حجة^(٣)، والآية مؤولة، والخلاف بين العلماء في صرف الاستثناء إلى الفسق، أو إلى ردّ الشهادة طاهر، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: لا يمد هذا القصاء، وإذا رفع إلى قاضي آخر يطله، فكأنه رأى قصاء الأول محالماً لطاهر الآية، فلهذا قال: يطله الثاني

قال صاحب المحيط رحمه الله وفي أقضية الجامع من تعليلي عن الشيخ الإمام الراشد عبد الله الخير اخري^(٤): إذ قصي القاضي بشهادة المحدود في

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٠.

٢ - موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ٥١٨/٥.

٣ - سئل عن الرواية عن ابن عباس رضي الله عنه في قبول شهادة الغادف بعد ما تاب، فمسي روية عنه: لا تقبل، وفي رواية أخرى تقبل، انظر المحلى وأحكام القرآن للحصاص (موسوعة فقه ابن عباس، وانظر تفصيل قولي ابن عباس، وصورة التطبيق فيهما في أحكام القرآن للحصاص ٣/٣٥٥-٣٥٦، ط دار الكتب العلمية، بيروت).

٤ - عبد الله بن الفضل الخير اخري. بفتح الحاء وسكون الياء بائتين من تحتها وفتح الراء وسكون الألف وفتح الحاء الثانية وكسر الراء الثانية نسية إلى قرية "خير اخري" من قسري "بخاري"، كان مفتي بخاري.

روى عنه ابنه أبو نصر محمد بن عبد الله، وروى عن أبي بكر أحمد بن عبد الله بن حب وأبي بكر بن مجاهد القطان البجلي وغيرهما، وتبعه على أبي بكر محمد بن الفضل الكماري.

ذكر القاضي أبو العباس أحمد بن إبراهيم السروجي في "العاية" في مسألة المسوق "يتابع الإمام في أن تشهد إلى قوله "عبد ورسوله" بلا خلاف إلى أن قال وروى اللخمي عن أبي حنيفة أنه أتى باندعوات، وبه كان يعني عبد الله بن الفضل الخير اخري" =

القدف بعد التوبة ورفع قضاؤه إلى قاصٍ آخر، إنما لا يطل الثاني قضاء الأول، إذا كان الأول يراه حقاً، وعلم الثاني أن الأول يراه حقاً، بأن أظهر الأول ذلك للثاني، أو لم يعرف الثاني أن الأول هل يراه حقاً أم لا؟ لأن الطاهر إنما يقضي انقاصي بشيء إذا رآه حقاً، أما إذا علم الثاني أن الأول لم ير ذلك حقاً، بأن قال الأول: "الصحيح قول ابن عباس رضي الله عنه أن شهادته لا تقبل، وإن تاب"^(١) كان للثاني أن يطله؛ لأنه نيب أن الأول قضى بحلله رأيه^(٢).

(١٥٢٥) ولو استقصى محدود في قدف، فقضى بأشياء، ثم رفع إلى قاصٍ لا يرى جوار قصائه، كان للثاني أن يطله؛ لأن المحدود في القدف لا يصلح قاضياً قبل التوبة بالإجماع، وللثاني أن يطله، ولو بقدها الثاني، فبشأنه أن يطله؛ لأن تنفيذ الثاني حصل بخلاف الإجماع، وبعد التوبة لا يصلح قاضياً عبداً، خلافاً للشافعي رحمه الله، فإذا رفع قضاؤه إلى قاصٍ آخر يرى بطلانه أبطله.

(١٥٢٦) فرق بين قضاء المحدود في القدف، وبين القضاء بشهادة محدود في القدف، فقال: القاصي إذا كان محدوداً في القدف، ورفع قضاؤه إلى

"ودكره في "الغنية" في الصلاة، وذكره قاضي حان في "شرح الجامع الصغير" في الصوم (الجواهر المصنوعة ٢/٣٢٢، رقم الترجمة ٧١٨).

ذكره في العوائد البهية وسمّاه عبد الرحمن بن الفصل، وقال الشيخ المكوي رحمه الله فعلت سمعته بعد الرحمن كما رأيت في نسخة الكفري ههنا من رلة فلم الأسح، فراجع نسخة أخرى (العوائد البهية ٩١).

١ - قد مرّ تحريجه في نفس الجزء تحت عنوان "شرط آخر لعاد القضاء في المجهلات"

٢ - الفتاوى الهدية ٣/٣٦٠-٣٦١.

قاضي يرى بطلانه أبطله^(١)، وإذا قضى بشهادة المحدود في القذف، ورفع إلى قاضي لا يرى بطلانه، لا يبطله، والعرق: أن قضاء المحدود في القذف نفسه محتلف فيه، عندما لا يصلح قاصياً، وعده: يصلح^(٢)، ونفس القضاء إذا كان محتلفاً فيه، يتوقف على إمضاء قاضي آخر، أما القضاء بشهادة المحدود في القذف نفسه ليس بمختلف فيه، فيكون القضاء بشهادة المحدود في القذف يحصل في المختلف فيه، فيغد؛ لأن قضاء المحدود في القذف إذا كان نفسه محتلفاً فيه، لو بعد كان القاضي ملزماً قول نفسه، فيكون عاملاً لنفسه، ولاسان فيما يعمل لنفسه لا يصلح قاصياً، فعلى قول من لا يرى ذلك قضاء، بعدم صورة القضاء، وبعد القضاء من غير وجود صورته لا يكون، أما القضاء بشهادة المحدود في القذف لو بعد كان القاضي ملزماً قول الشاهد، فيكون عاملاً لغيره لا لنفسه، فيوجد صورة القضاء، فيمكن لتعيده.

ولو رفع قضاء القاضي المحدود في القذف إلى قاضي يرى حواره، فأماه، ثم رفع إلى قاضي يرى بطلانه، فالثالث يحصي إمضاء الثاني، ولا يبطل قضاء الأول؛ لأن قضاء الثاني حصل في محل يحتج فيه، فلا يكون لأحد إبطاله^(٣).

واستشهد صاحب الأفضية لإيضاح العرق فقال: ألا ترى! أن القاضي لو قضى بشهادة الروح لزوجته بعد قضاؤه؛ لوجود صورة القضاء ومصادفته

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١١١/٣.

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١١٢/٣.

٣ - الفتاوى الخاتمة ٤٥٨/٢.

محلاً مجتهداً فيه، فإن عياً - رضي الله عنه - رأى أن الروح يصلح شاهداً لروحته^(١)، ولو قصى لامرأته نفسه بشهادة شهود، لا يجوز؛ لانعدام صورة القضاء لكونه عاملاً لنفسه، بل يتوقف على إمضاء قاضي آخر، كذا ههنا.

[القضاء بشهادة من لا تقبل شهادته]

(١٥٢٧) قال: ولو أن قاصياً قصى بشهادة شاهدين، ثم علم أنهما كافران يرد قضاؤه؛ لأن قضاءه وقع بخلاف الإجماع، وإن علم أنهما عدان، فكذلك الجواب، فإن قيل إنه مشكل؛ لأن شريحتنا - رضي الله عنه - يغير شهادة العبد، وكذلك مالك وداود^(٢) بن علي - رحمهما الله - فيكون قضاؤه في محل الاجتهاد، إلا أنا نقول: إن الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على عدم قبول شهادة العبد^(٣)، وقول بعض المتأخرين بخلاف إجماع الصحابة لا يعتبر، فلا يصير الحادثة به مجتهداً فيه فلا يعد قضاؤه

١ - شهادة علي رضي الله عنه لعاطمة رضي الله عنها عند أبي بكر رضي الله عنه ذكرها ابن حزم في المحلى (موسوعة فقه علي رضي الله عنه ٣٥١)

٢ - داود بن علي بن حلف الأصهباني، أبو سليمان، الملقب بالطهري أحد الأئمة المجتهدين في الإسلام، نسب إليه الطائفة الظاهرية، وتسمى بذلك لأخذه بظاهر الكتاب والسنة، وبعرضها عن التأويل ولراي والقياس، وكان داود أول من جهر بهذا القول، وهو أصهباني الأصل، من أهل قاشان، ومولده في الكوفة، سكن بغداد، انتهت إليه رئاسة العلم فيها، قال ابن خلكان قبل كان يحضر مجلسه كل يوم أربعمئة صاحب طيسان أحضر، وقال شعب. كان عقل داود أكبر من علمه، وله تصانيف أورد ابن القيم أسمائها في رهاء صفحتين، توفي في بغداد (الأعلام للزركلي ٣٣٣/٢)

٣ - المسوط للسر حسي، باب فيما لا يجوز شهادته ١٢٤/١٦

ولو أهما أعميان، فقد ذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح كتاب الرجوع عن الشهادات: أن الجواب فيها كالجواب في المحدودين في القذف، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح كتاب الرجوع عن الشهادات أن الجواب فيها كالجواب في العدين، وطاهر ما ذكر في المختصر يدل عليه، فإنه قال: عبد أو صبي أو بصري استقصي، فقضى بقضية، ثم رفع قضاؤه إلى قاضي آخر فأمضاه، لا يجوز له إمضاؤه، وهذا الجواب طاهر في حق الصبي والبصري، مشكل في العبد، بناءً على ما ذكرنا في صدر الكتاب: أن القضاء معتبر بالشهادة^(١)، والصبي والبصري لا يصلحان شاهداً، فلا يصلحان قاضياً.

أما العبد يصلح شاهداً عند مالك وشريح فيصلح قاضياً إذا اتصل به بمضاء قاضي آخر، فيسعي أن يمد القاضي الثاني، كما في المحدود في القذف، والجواب عنه ما ذكرنا^(٢).

(١٥٢٨) ولو أن أعمى قضى بقضية، ورفع إلى قاضي آخر فأمضاه، بعد قضاؤه؛ لأن في أهلية شهادته خلافاً طاهراً، إن كان بصيراً وقت التحمل، فالخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف رحمهم الله.

وإن كان أعمى وقت التحمل، فالخلاف بين مالك رحمه الله، ومالك - رحمه الله - اعتبر أصل التمييز، وقد وجد، ونحن اعتبرنا كمال التمييز

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦١.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦١.

ولم يوجد، ولو رفع قضاؤه إلى قاضي لا يرى جواز قصائه، أبطله؛ لأن نفس القضاء مجتهد فيه؛ لأن الخلاف في أهلية شهادته خلاف في أهلية قصائه^(١).

[قضاء المرأة]

(١٥٢٩) ولو أن امرأة استقصت، جاز قضاؤها في كل شئ إلا الحدود والقصاص؛ لأنها تصلح شاهدة فيما عدا الحدود والقصاص، فتصح قاصية، فإن قصت في الحدود والقصاص، ثم رفع قضاؤها إلى قاضي آخر، فأما بعد إمضاؤه؛ لأن في أهليتها للقضاء اشتباه الدليل، كما في أهليتها للشهادة، فكان مجتهداً فيه^(٢).

[القضاء بقتل في قسامة]

(١٥٣٠) قال: وإذا قضى القاضي بقتل في قسامة لا يعد قضاؤه، وصورته: قتل واحد في محلة، وأدعى أولياء القتل على رجل قتله، قال بعض العلماء، منهم مالك والشافعي رحمهما الله: إذا كان بين المدعى عليه وبين القتل عداوة ظاهرة، لا يعرف عداوة مع غير المدعى عليه وبين دحونه في المحلة ووجوده قبلاً مدة قريبة، فالقاضي يحلف ولي القتل على دعواه، فإذا حلف

١ - انظر باختلاف في الشهادة بين الجمعية والإمام مالك شرح فتح العدير لابن الهمام ٣٧٠/٧ والعمدة للمارقي مع الفتوح ٣٧١/٧ وفي شرح أدب القاضي وأما الأعشى فلا أنه ليس بأهل لأداء الشهادة أبداً، حتى لا تقبل شهادته، فلا يكون من أهل القضاء (شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٤٨/٣).

٢ - الماوري الهدية ٣٦١/٣ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٦٠/٣ وأدب القاضي للماوردي ٦٢٦/١.

قصي له بالقصاص، وعدما فيه الدية والقسامة، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه
يعد قضاؤه، ولكن إذا رفع إلى قاص آخر أبطله إذا لم يستوف القود^(١).

[القضاء بجواز متعة النساء]

(١٥٣١) وكذلك لو قصي قاص بخوار متعة النساء لا يجوز؛ لأنها
مسوغة، وصورته: إذا قال الرجل لامرأة أئتمعت بك إلى شهر كذا، أو ما أشبه
ذلك، لا يجوز القضاء بجوازها^(٢)؛ لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت:
سخطها أية الطلاق^(٣)، وقيل: سخطها السنة، وقيل: إجماع الصحابة، وابن
عباس - رضي الله عنهما - وإن قال بجوازها إلا أن قوله بخلاف الكتاب والسنة
فلا يعتبر، وقد صح رجوعه عنها^(٤) أيضا، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه
يجوز قضاؤه^(٥)، وهكذا روى خالد عن محمد عن أبي حنيفة رحمه الله.
ولو كان مكان لعطة المتعة لعطة الترواح، بأن قال الرجل لامرأته:
تزوجتني إلى شهر كذا وسنة كذا، فقصي قاص بخوار هذا الكاح، وأبطل
الأجل، جاز قضاؤه^(٦)؛ لأنه محل الاجتهاد فإن عد رفر رحمه الله: هذا الكاح

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٢٣/٣ - ١٢٥ والفتاوى الهندية ٣٦٢/٣

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٢٧/٣ - ١٢٩ والفتاوى الهندية ٣٦٣/٣

٣ - موسوعة فقه عائشة أم المؤمنين ٤٨١/١ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٢٨/٣

٤ - موسوعة فقه عبيد الله بن عباس ٦١٧-٦١٩ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد

١٢٧/٣

٥ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٢٩/٣.

٦ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٩/٣ والفتاوى الهندية ٣٦٣/٣

صحيح، واشتراط الأجل باطل؛ لأن اشتراط الأجل شرط فاسد، والكساح
بما لا يبطل بالشروط الفاسدة^(١)، وعن أبي يوسف رحمه الله برواية بشر:
أنه لا يجوز قضاؤه في هذه الصورة أيضاً.

[القضاء بخلاص]

(١٥٣٢) قال ولو أن قاضياً قضى بخلاص في دار استحقت من يد
المشتري، وأحد الصامس بدار مثلها، ثم رفع إلى قاضي آخر، أبطله، وصورته:
رجل باع داراً له، وصم الصامس للمشتري الخلاص، أو صم من أحسب له
الخلاص.

وتفسيره: أن يقول الصامس للمشتري: إن استحقت الدار المشتراة في
يدك، فأما صامس لك استخلاص الدار ببيع، أو الهبة، وأسلمتها إليك، فإن
عجرت عن تسليمها واستخلاصها اشتريت داراً مثلها وسلمتها إليك، فهذا
الصامس باطل عبثاً؛ لأنه صم ما يعجز عن وفائه، وعبد بعض الناس يصح
هذا الصامس، وهذا القول لا يستند إلى قياس صحيح^(٢) وقد قال شريح رضي
الله عنه: من شرط الخلاص فهو أحق، سلم ما بعته، وخذ ما اشتريت، ولا
خلاص، فإذا قضى قاضي بخوار هذا الصامس فقد قضى بما هو باطل.

(١٥٣٣) ثم ما ذكرنا من تفسير صامس الخلاص قول أبي حنيفة رحمه الله
وهو اختيار صاحب كتاب الأفضية، فأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمه

١ - شرح أدب القاضي لمصدر الشهيد ١٢٩/٣ والفتاوى الهندية ٣/٣٦٢-٣٦٣

٢ - شرح أدب القاضي لمصدر الشهيد ٣/١٣ والفتاوى الهندية ٣/٣٦٤-٣٦٥

الله: تفسير ضمان الخلاص والعهدة والدرك واحد، وهو الرجوع بالشئ عند الاستحقاق، وعند أبي حنيفة رحمه الله: تفسير ضمان الخلاص ما ذكرنا^(١).

(١٥٣٤) وتفسير ضمان الدرك ما قلنا، وتفسير ضمان العهدة ضمان الصك القديم الذي عند البائع.

ثم عدهما تفسير هذه الأشياء إذا كان واحداً، وهو الرجوع بالشئ عند الاستحقاق، كان الضمان صحيحاً، وإذا استحق المبيع من يد المشتري يرجع بالشئ على الصامن، فمضى قاضي قاضي بصفة هذا الضمان، بعد هذا القضاء، فإذا رفع إلى قاضي آخر لا يظنه، فإذا صم تسليم الدار إلى المشتري، لا يصح القضاء به لما ذكرنا^(٢).

[القضاء بعفو النساء عن دم العمد]

(١٥٣٥) قال: ولو أن امرأة رجل أو ابنته عفت عن دم العمد، وأبطل ذلك قاضي، لما أن من رأيه أنه لا عفو للنساء من القود، لأنه لا حق هن في القصاص^(٣)، كما هو مذهب بعض العلماء، فقضى بالقود للرجال فقبل أب يقاد الرجل، رفع إلى قاضي يرى عفو النساء صحيحاً، فالقاضي الثاني يصد ذلك العفو، ويطل القضاء بالقود، لأن هذا القضاء يخالف الكتاب^(٤)، وقول

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٥ وشرح أدب القاضي ٣/١٣١ والخاتمة ٢/٤٥٩

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٥ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٣١

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٥ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٣٢

٤ قال الله تعالى ﴿وَلَهُنَّ الرِّبْعُ مِمَّا نَزَّلَتْكُمْ﴾ الآية [النساء ١١]

جمهور العلماء، وإن كان هذا الرجل قد قُتل، فالقاصي الثاني لا يتعرض للمقصي له بشيء، وهكذا ذكر الحصاص رحمه الله، وذكر صاحب الأفضية: أنه يعني أن يقاد إن كان المقصي له بالقصاص عالماً يقتضيه؛ لأنه قتل شخصاً يحقون الدم، وإن كان جاهلاً يقصيه عليه بالدية^(١).

[قضاء القاصي في المجتهد فيه بخلاف رأيه]

(١٥٣٦) قال: وإذا قصى القاصي في المجتهد فيه بخلاف رأيه، ذكر الشيخ الإمام الراهد فخر الإسلام علي الردوي رحمه الله في مقدمة قضاء الجامع الكبير: أنه لا يبعد، وهكذا ذكر في وقف فتاوى العسلي، وإليه أشار محمد رحمه الله في قضاء الجامع الكبير^(٢).

وذكر شمس الأئمة السرخسي في الرجوع عن الشهادات: أن قضاء القاصي في المجتهدات إنما يبعد إذا كان عن اجتهاد، أما إذا لم يكن عن اجتهاد لا ينفذ قصاؤه^(٣).

وذكر الحصاص رحمه الله أنه يبعد وإن لم يكن عن اجتهاد، وهكذا ذكر في كتاب الإكراه^(٤).

١ - شرح أدب القاصي للصدر الشهيد ١٣١/٣ ١٣٣ وفتاوى الهدية ٣٦٥/٣.

٢ - الفتاوى الحانية على الهدية ٤٥١/٢

٣ - الفتاوى الحانية على الهدية ٤٥١/٢ وفي أدب القاصي مع شرحه للصدر الشهيد إن القاصي إذا قصى بالاجتهاد في حادثة ليس فيها كتاب ولا سنة، ثم تحول عن رأيه فإنه يقصيه في المستقبل مما هو أحسن عنده، ولا ينقص ذلك القضاء الذي كان منه برأيه الأول إلخ (١٦٧، ٣-١٦٨) الباب الثامن والأربعون في القاصي يقصيه بالقضاء ثم يرى بعد ذلك خلافه.

٤ - فتاوى قاضي خان ٤٥١/٢.

وذكر قاضي القضاة فخر الدين رحمه الله في فتاواه: القاضي إذا كان مجتهداً، وهو يعمل برأي نفسه، فقصى برأي غيره، قال أبو يوسف رحمه الله: لا يعد قضاؤه، هكذا ذكر الشيخ الإمام العقيي أبو الليث رحمه الله في العيون^(١) في آخر أدب القاضي، وذكر احصاف رحمه الله أيضاً في أدب القاضي، وذكر القاضي الإمام أبو علي السفي رحمه الله هكذا، وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله، واختلعت الروايات عن أبي حيفة رضي الله عنه، في أظهر الرواية: يعد قضاؤه ولا يردّ، وبه أخذ الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفصل رحمه الله وقال: وعليه الفتوى^(٢).

[نسيان القاضي مذهبه وقضاؤه بغيره]

(١٥٣٧) وإن نسي القاضي مذهبه، وقصى برأي غيره، ثم تدكّر رأيه، قال أبو حيفة رحمه الله: يعد قضاؤه ولا يردّ، ويعمل برأيه في المستقبل، وقال أبو يوسف رحمه الله: يردّ، وهو الصحيح من قول محمد رحمه الله أيضاً^(٣).

١ - لم يجد في العيون في باب أدب القاضي ما يعيد ذلك

٢ - الفتاوى المصدية ٣٥٨/٣ وشرح أدب القاضي ١٦٩/٣-١٧٠ وانظر الفتاوى لقاضي خان رحمه الله ٤٥٧/٢-٤٥٨

٣ - الفتاوى الخافية ٤٥١/٢؛ والفتاوى المهدية ٣٥٨/٣؛ وشرح أدب القاضي ١٦٩/٣-١٧٠، وعيون المسائل لعقبي أبي الليث رحمه الله ١١٥/١ و١٥٦

[القضاء بالفتوى]

(١٥٣٨) وإن لم يكن له رأي في المسألة، فاستفتى فيها، فأفتاه، فقضى بفتواه، ثم حدث له رأي لا يرد القضاء، ويعمل بالرأي الحادث في المستقل^(١)، وهكذا ذكر القاضي أبو علي السمي رحمه الله

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السعدي رحمه الله والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي قول محمد مع أبي يوسف رحمهم الله، وجعل القاضي الإمام ركن الإسلام رحمه الله هذه المسألة فرعاً لمسألة^(٢) ذكر الخصاص رحمه الله في أدب القاضي، أن القاضي إذا قضى بخلاف رأيه ينفذ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً هما، وكان الشيخ الإمام العقبه أبو عبد الله الجرجاني رحمه الله يقول: لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعد محمد رحمه الله: يجوز^(٣).

وفي شرح الجامع الكبير للشيخ الإمام العقبه أبي بكر الراري: أن القاضي إذا قضى بخلاف مذهبه مع العلم به لا يجوز في قولهم جميعاً، وذكر الصدر الإمام أستاذ الأئمة طهیر الدين المرغباني في شرح كتاب الأفضية أن علي قول أبي حنيفة رحمه الله: ينفذ قضاؤه، وعلي قول أبي يوسف رحمه الله: لا ينفذ، ولا رواية في هذا عن محمد رحمه الله، هكذا ذكر في بعض المواضع.

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٦٧/٣ - ١٦٨

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٧٠/٣ والعتاوى الهدية ٣٥٨/٣

٣ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٧٠/٣ وعيون المسائل ١٥٦

وذكر في بعض المواضع: أن على قول أبي حبيبة رحمه الله: يمد، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يمد، وذكر القاضي الإمام أبو علي السفي رحمه الله: أن على قول أبي حبيبة وأبي يوسف رحمهما الله: لا يجوز، وعلى قول محمد رحمه الله: يجوز.

قال صاحب المحيط رحمه الله: ذكر الخلاف في بعض المواضع في معاد القضاء، وفي بعض المواضع في حل الإقدام على القضاء.

وذكر في كتاب القسمة: ما يدل على جوار القضاء بخلاف رأيه، فإنه قال في القسمة في الوصايا التي اردادت على الشئ عند أبي حبيبة رحمه الله بطريق المارعة، وعدهما بطريق العول والمصارعة، ثم قال: فأَيُّ ذلك أخذت فهو حسن.

وذكر في كتاب الإكراه: أن القاضي إذا قضى في فصل، وهو لا يعلم أنه مختلف فيه، وإنما قصد القضاء على وجه الاتفاق، فوافق قضاؤه محلاً لمخالفته فيه، يمد قضاؤه، وذكر في الرجوع عن الشهادات: لا يمد قضاؤه

وذكر في رجوع الجامع: إذا قضى على العائب، وهو لا يرى ذلك، لا يمد عند محمد رحمه الله، وذكر هذه المسألة في فتاوى الفصلي، وذكر: أنه يمد في قول أبي حبيبة وأبي يوسف رحمهما الله: وكان القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأورجدي يعني بعدم معاد القضاء في هذه الصورة، والصدر الإمام الشهيد والصدر الإمام أساد الأئمة طهیر الدين رحمهم الله أفتيا بعدم القضاء

[تفويض القاضي القضاء إلى قاض آخر]

(١٥٣٩) وحكي عن الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني^(١) رحمه الله

أنه قال: ما يفعله القضاة من التفويض إلى شافعي المذهب في فسح اليمين المصافة، وبيع المدير، وغير ذلك، إنما يجوز إذا كان المعوض يرى ذلك، بأن قال: لاح لي اجتهد في ذلك، أما إذا كان لا يرى ذلك لا يصح تفويضه، وقال غيره من المشايخ: هذا احتياط، والتفويض صحيح وإن كان لا يرى ذلك؛ لأن على قول أبي حنيفة رحمه الله: لو قضى بخلاف رأيه، يعد قصاؤه في أصح الروايتين، فلأن يصح تفويضه كان أولى^(٢).

قال صاحب المحيط رحمه الله: إن كان التقليد للحكم ببطلان اليمين، ويجوز بيع المدير، كانت المسألة على الخلاف، وكان جواز حكم شافعي المذهب على الخلاف، كما لو فعل المقلد ذلك بنفسه، وإن كان التقليد للحكم بما يرى، كان جواز الحكم من الشافعي المذهب بالاتفاق^(٣).

(١٥٤٠) وذكر في كتاب الأفضية: وإن فوص القاضي إلى شعوي،

ليقضي برأيه، أو ليقضي بما هو حكم الشرع، يعد ذلك التفويض عند الكل^(٤).

١ - عبد الواحد الشيباني كان من كبار فقهاء ما وراء النهر، وكان يرجع إليه في أكثر

لوقائع والحوادث (الموائد البهية/ ١١٣) والجواهر المصيبة ٤٨٢/٢، رقم الترجمة ٨٨١

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٤، والحاجية بمأش الفتاوى الهندية ٢/٤٥١

٣ - فتح القدير ٧/٢٨٥ والحاجية بمأش الفتاوى الهندية ٢/٤٥٧

٤ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٤ وقال: كذا في فتاوى قاضي خان ٢/٤٥١

[القضاء بالطلاق المضاف إلى الملك ، واليمين بـ "كَلَمًا"]

(١٥٤١) قال: ولو أن رجلاً قال: إن تروح فلانة فهي طالق، فتزوجها فحاصمته إلى قاصٍ، لا يرى الطلاق واقعاً، فأجار الكاح وأبطل الطلاق، ثم رجع إلى قاصٍ يرى الطلاق واقعاً

فإن الثاني يبعد قضاء الأول، وإن كان الخالف قال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق، فمسح القاصي اليمين على امرأة تزوجها، ثم تزوج امرأة أخرى، قال أبو يوسف رحمه الله: لا بد من مسح اليمين على كل امرأة^(١).

وهكذا روي عن أبي حبيبة رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: إذا مسح على امرأة بحصومتها، يكون مسحاً على النساء كلهن، وبعض المشايخ رحمهم الله أخذوا بقول أبي يوسف رحمه الله، وبعضهم أخذوا بقول محمد رحمه الله، وذكر قاضي القضاة فخر الدين رحمه الله: الفتوى على قوله؛ لأهميين واحدة^(٢).

قال: ولهذا لو حلف أن لا يحلف بالطلاق، فقال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، لا بحث إلا مرة واحدة، والعق في هذا بمنزلة الطلاق، حتى إذا قال: كل عبد أشتريه فهو حر، فهذا والطلاق سواء^(٣).

وذكر في المنتقى: أنه لو قال: كل عبد أشتريه فهو حر، فاشترى عبيداً، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله: وهو رواية عن أبي حبيبة رحمه الله: يحتاج إلى المسخ في كل عبد^(٤).

١ - الفتاوى الخاية ٤٥١/٢ - ٤٥٢.

٢ - الفتاوى الخاية ٤٥١/٢ - ٤٥٢.

٣ - الفتاوى الخاية ٤٥٢/٢.

٤ - الفتاوى الخاية ٤٥٣/٢.

(١٥٤٢) ولو عقد على امرأة واحدة أيماناً بأن قال مراراً: إن تروجت فلاة فهي طالق" فزوجها ففسخ القاصي يمياً وهداً لا يفسخ الكحل، ويحتاج كل يمين إلى فسخ على حدة إلا أن تدعي المرأة أنه حلف بطلاقها ثلاث مرات أن لا يتزوجها ثم تزوجها، وقال القاصي: فسخت جميع أيمانها، فإن دلت يكون مسحاً للأيمان كلها، وإن حلف بطلاق نسوة فعقد على كل امرأة يمياً على حدة بأن قال: إن تروجت فلاة فهي طالق، وإن تروجت فلاة لامرأة أخرى، فهي طالق وذكر الثالث والرابع، وفتح اليمين على امرأة بحصومتها لا يفسخ يمين غيرها، هكذا ذكر قاضي القصة فخر الدين رحمه الله في فتاواه^(١).

(١٥٤٣) ولو قال: إن تروجت فلاة فهي طالق فزوجها ففسخ القاصي اليمين هل يحتاج إلى تحديد الكاح؟ ذكر الشيخ الإمام ثمس الأئمة الخلواري عن أسنده القاصي الإمام الأجل أبي على السفي رحمه الله أنه لا يحتاج؛ لأن القاصي أنزل اليمين فم يكن الطلاق واقعاً إلا أن يعود الكاح بقضاء لقاصي، وإذا كان الزوج وصافها بعد الكاح قبل فسخ اليمين ثم فسخ القاصي اليمين كان الوطاء حلالاً، وكما يظهر بطلان اليمين والطلاق في حق هذه يظهر في حق غيرها في قول محمد رحمه الله، بأن كان حلف كل امرأة يتزوجها فهي طالق، ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج أربعاً بعد اليمين، ثم تزوج خامساً فحاصمته الخامسة إلى بقاصي وفسخ القاصي اليمين

عليها، لا يظهر انفساحها في اليمين فيمن كانت قبلها عند الكل؛ لأنه لو أبطل
بمسه في الأربع فلا يقع الطلاق عليهن، وإذا لم يقع الطلاق عليهن لا يصح
نكاح الخامسة فيبطل المسح عليها، وإذا أبطل المسح على الخامسة بطل في
حق غيرها^(١).

(١٥٤٤) وعن أبي يوسف، رجل قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق
فتزوج امرأة وهو لا يرى الطلاق واقعاً، فخاصمته المرأة عند القاضي فقضى
القاضي له ببقاء الحمل، ثم تحول رأي الروح، وصار من يرى الطلاق واقعاً، ثم
تزوج امرأة أخرى فإنه يمسك المرأة الأولى ويعارق الثانية ويسّي الأمر على رأيه
الحادث في المرأة الثانية، أما الأولى فقد قضى القاضي عليها بطلاق اليمين
وبقاء النكاح فبعد قضاؤه وكان قضاؤه موافقاً لرأيه في ذلك الرمان فلا يبطل
ذلك القضاء، وهذا ساء على ما تقدم أن على قول أبي يوسف رحمه الله، يحتاج
إلى المسخ في كل امرأة^(٢).

(١٥٤٥) وذكر الشيخ الإمام الفقيه أبو الليث رحمه الله في العيون
رجل اشترى عبداً فشهد شاهدان عند القاضي أن هذا المشتري حلف بعتق
كل مملوك يشتره قبل شرائه هذا العبد، وأعتقه القاضي بشهادتهما، ثم
اشترى عبداً قال أبو يوسف رحمه الله: يعتق العبد الثاني بقضائه للأول، وقال

١ - الفتاوى الخانية ٤٥٢/٢.

٢ - العناوى الخانية ٤٥٢/٢-٤٥٣.

أبو حنيفة رحمه الله: لا يعتق الثاني حتى يشهد الشهود شهادة مستقلة^(١)، وهذا بناءً على أن عند أبي حنيفة رحمه الله الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد^(٢).

(١٥٤٦) رجل قال لامرأة: "كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً" فتزوجها ورفع الأمر إلى القاضي فقصى محلها ثم طلقها ثلاثاً، ثم عادت إليه بعد روح آخر، هل يحتاج إلى مسح القاضي في هذا الكاح؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، وإنما اختلفوا بناءً على أن المعقد بكلمة "كلما" يمين واحدة وكما تحل تعقد ثابته وتعقد الثالثة بعد الثابته، أو تعقد بهذا اللفظ أيما، فعلى رواية الجامع الكبير: تعقد يمين واحدة وكما تحل تعقد مرة أخرى، وذكر في طلاق الأصل: أيما، فعلى رواية الطلاق: يحتاج كل يمين إلى مسح على حدة، وعلى رواية الجامع الكبير: لا يحتاج، قال قاضي القضاة رحمه الله: الصحيح رواية الجامع^(٣).

[التحكيم في المجتهدين]

(١٥٤٧) قال: رجل حلف بطلاق امرأة أن يتزوجها، فتزوجها، وحكما رجلاً^(٤) ليحكم بينهما بالطلاق^(٥) المصاف وحكم بطلاق اليمين، اختلف المشايخ

١ - وفي نسخة "ب" و "ج" (شهادة مستقلة).

٢ - الفتاوى الحنابلة ٤٥٣/٢؛ وعيون المسائل للعقبة أبي البيث رحمه الله، باب لدعاوي والبيئات ١٠٨.

٣ - الفتاوى الحنابلة ٤٥٣/٢.

٤ - انظر تفصيل مسألة التحكيم في أدب القاضي للماوردي ٣٧٩-٣٨٦.

٥ - وفي نسخة "ب" (في الطلاق المصاف) وفي نسخة "ألف" (بطلاق مصاف).

فيه، ذكر في الجامع الأصغر: أنه لا يبعد حُكم الحكم في حقهما، وذكر في صلح
المبسوط: أن حكم الحكم فيما بين المتحاكمين في المجتهدين بمنزلة حكم القاضي
الموَلَّى حتى لا يكون لأحدهما أن يرجع عن حكمه، وذكر الخصاص رحمه الله في
أدب القاضي أن حكم الحكم في المجتهدين جائز إلا في الحدود والقصاص^(١)

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في صلح المبسوط:
أن حكم الحكم في المجتهدين: نحو الكتابات والطلاق المصاف جائز في ظاهر
المذهب عن أصحابنا رحمهم الله، وقال شمس الأئمة رحمه الله: هذا مما يعلم ولا
يفنى به كيلا يتحاصر الجهال إلى مثل هذا^(٢).

قال رحمه الله وكان القاضي الإمام الأجل الأستاذ أبو علي السلمي
رحمه الله يقول: هذا مما يحكم ولا يفنى به^(٣)

(١٥٤٨) وروي عن أصحابنا رحمهم الله ما هو أوسع من هذا
ودلك، روي عنهم أنه لو استعنى صاحب الحادثة عن هذا فقيهاً عدلاً مجتهداً
من أهل الديانة والفتوى فأفتاه بطلاق اليمين، وسعه أن يأخذ بفتواه ويمسك
المرأة، فإن تزوج أخرى بعدها وقد كان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها
فاستعنى فقيهاً آخر مثل الأول في الديانة والعلم والاجتهاد، فأفتاه بصحة اليمين

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٦٣/٤، والهدية ٣/٣٩٧، وفتاوى قاضي خان
٤٥٣/٢.

٢ - الفتاوى الهدية ٣/٣٩٧ وفتاوى قاضي خان ٤٥٣/٢

٣ - الفتاوى الحانية ٤٥٣/٢.

ووقوع الطلاق المضاف إليها، فإنه يفارق الثانية ويمسك الأولى؛ لأن فتوى
المفتي للحاجل بمنزلة حكم القاصي المولى أو حكم الحكم^(١).

وما نقل عنهم بناءً على أن حكم الحكم في المجتهدين بمنزلة حكم القاصي
المولى إلا أن الفرق بين حكم القاصي وحكم الحكم: أن في المجتهدين إذا رفع إلى
قاصٍ إن كان موافقاً لرأيه أمضاه وإن كان مخالفاً أبطله، وليس للقاصي أن يبطل
حكم غيره من القضاة في المجتهدين^(٢).

(١٥٤٩) قال ابن أبي ليلى رحمه الله: ليس للقاصي أن يبطل حكم
الحكم وإن كان مخالفاً لرأيه إذا لم يكن حكم الحكم مخالفاً نص الكتاب أو
السنة أو إجماع الأمة، وهو بمنزلة حكم القاصي المولى، ولهذا لو حكم محكم،
ثم أراد أن يرجع عن حكمه لا يصح رجوعه كما لا يصح رجوع القاصي عن
حكمه في موضع الاجتهاد، والصحيح ما قال أصحابنا؛ لأن الحكم استناد
الولاية لتحكيمهما، ولهما ولاية على أنفسهما، لا على غيرهما، فكان حكم
الحكم في حق غيرهما بمنزلة الصلح، ولو اصطلاح الخصمان على شيء وكان ذلك
مخالفاً لرأي القاصي كان له أن يبطله، أما إذا كان حكم الحكم موافقاً لرأي
القاصي لا يبطله؛ لأنه لو أبطله يحتاج إلى الإعادة فلا يفيد^(٣).

١ - الفتاوى الحانية ٢/٤٥٣

٢ - شرح أدب القاصي لمصدر الشهيد ٤/ ٦٦ وفتاوى قاضي خان ٣/٤٥٣

٣ - الفتاوى الحانية ٢/٤٥٣-٤٥٤.

(١٥٥٠) ولو حكماً رجلاً ليحكم بينهما فأجار القاصي حكومتـه

قبل أن يحكم ثم حكم بينهما بما يخالف رأي القاصي، ذكر في الكتاب أنه لا يجوز حكمه على^(١) القاصي^(٢) وكان للقاصي أن يطله، قالوا: هذا إذا لم يكن القاصي مأدوماً في الاستحلاف فإن كان مأدوماً لا يكون له أن يطل حكمه، قال بعضهم: الجواب مطلق^(٣)، لأن الإجارة إمضاء لما سبق فلا يظهر فيما يقضي^(٤).

(١٥٥١) ومن شرط صحة التحكيم أن يكون الحكم من أهل

الشهادة^(٥)؛ لأن القاصي لا يصلح قاصياً إذا لم يكن من أهل الشهادة وكذلك الحكم، فإن حكماً امرأة فحكمت فيما يجوز شهادتها جاز حكمها، وسد ذكر مسائل التحكيم في موضعها إن شاء الله تعالى^(٦)

[نصب القاصي خصماً عن المجنون]

(١٥٥٢) قال: رجل تزوج امرأة، ثم جُنّ، وله والد، فدعت المرأة أن

زوجها قد كان حلف قبل أن يتزوجها طلاق كل امرأة يتزوجها ثلاثاً،

١ - وفي نسخة "ب" (لا يجوز حكم) وحذف (على القاصي)

٢ - الهندية ٣/٣٩٩.

٣ - الهندية ٣/٤٠٠.

٤ - الفتاوى الحنفية ٢/٤٥٤.

٥ - الهندية ٣/٣٩٧.

٦ - الفتاوى الحنفية ٢/٤٥٤.

وطلت من القاضي أن يصب والد زوجها حصماً لها ليقضي لها بالطلاق، قال محمد رحمه الله: إن كان جوباً مطبقاً نضب والده حصماً^(١).

قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله: إن رأى القاضي أن هذا القول ليس بشيء فأبطل القول وأمضى الكاح، ثم صحَّ الروح ومن رأيه أن الطلاق واقع هل يسعه المقام معها؟ قال محمد رحمه الله: نعم، يسعه ذلك، فقلت له: ورأيه على خلاف ذلك؟ قال: لأن القاضي لما قضى وسعه ذلك، وعن أبي يوسف رحمه الله: لا يسعه المقام معها وكذلك المرأة، وهذا بناءً على ما تقدم أن رأي الروح إذا كان هو للحرمة^(٢) ووقوع الطلاق لا يعد القضاء في حقه^(٣).

ثم شرط محمد رحمه الله لنصب الوالد حصماً للمرأة أن يكون جـوـول الزوج مطبقاً^(٤).

(١٥٥٣) قال قاضي القضاة رحمه الله: اختلفت الروايات في المطلق، واتفقت الروايات الطاهرة: أن الجـوـول إذا كان يوماً أو يومين لا يعتبر، ولا يصير غيره حصماً عنه وينفذ تصرفاته.

وأما المطلق في أظهر الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله مقدر بأكثر السنة، وفي رواية عنه: مقدر بأكثر من يوم وليلة، ومحمد رحمه الله قدَّر أولاً

١ - الفتاوى الخالية ٢/٤٥٤.

٢ - وفي نسخة "ب" و "ج" (هو الحرمة).

٣ - الفتاوى الخالية ٢/٤٥٤.

٤ - الفتاوى الخالية ٢/٤٥٤.

بحول المطلق بشهر ثم رجع ومَدَّه بسنة كاملة، وذكر السطفي وشيخ الإسلام المعروف بخواهر راده رحمه الله أن الحول المطلق في قول أبي حبيبة رحمه الله مقَدَّر بشهر، وعليه الفتوى^(١).

[القضاء بتصف الجهار عند الطلاق قبل الدخول]

(١٥٥٤) قل ولو أن امرأة قصت المهر وتجهرت بذلك ثم طلقها زوجها قبل الدخول بها، فعصى القاضي بصف الجهار للروح بقاءً على ما قال بعض ناس أن الروح ما دفع لصدق إليها فقد رضى بتصرفها، فصار تصرفها برضا الروح كتصرف الروح بنفسه، ولو تصرف الروح بنفسه واشترى من المهر شيئاً فساو إليها ثم طلقها قبل الدخول بها كان لها نصف الجهار فكذلك ههنا^(٢).

ولو رفع قضاؤه إلى قاضٍ آخر يجب عليه أن يبطئه، لأن قضاءه بصف الجهار للروح قضاء بخلاف قول الجمهور، وبخلاف كتاب^(٣)، والله تعالى، فإن الله تعالى أوجب للروح في الطلاق قبل المسيس نصف المبروص^(٤) وهو المستى في العقد، والجهار لم يكن مستى في العقد فلا يتصف فكان قضاء الأول قضاء بخلاف النص فكان باطلاً^(٥).

١ - الفتاوى الخاتمة ٢/٤٥٤.

٢ - شرح أدب القاضي للمصدر الشهيد ٣/١٣٥.

٣ - وهو قوله تعالى ﴿بِصْفٍ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة ٢٣٧]

٤ - [البقرة ٢٣٧]

٥ - شرح أدب القاضي للمصدر الشهيد ٣/١٣٥ والفتاوى الهندية ٣/٣٦٤

[القضاء بسقوط المهر لقدم الكاح]

(١٥٥٥) قال: ولو قضى قاص بإبطال المهر من غير بينة ولا إقرار،
أحداً يقول بعض العلماء: "إن قدم الكاح يوجب سقوط المهر"، لأن الظاهر
سقوطه، إما بإيماء من الروح، أو بإبراء من المرأة، وترك المرأة الطيب في هذه
المدة دليل عليه، فهذا القضاء كان باطلاً، لأنه مخالف لإجماع السلف^(١).

[القضاء بالقرعة]

(١٥٥٦) قال: ولو قضى قاص بالقرعة في رقيق أعتق أميت واحداً
مهم لم يقصر قضاؤه؛ لأنه مجتهد فيه، فمالك والشافعي رحمهما الله يقولان.
بالقرعة، واعتمدا على حديث الحسن البصري رحمه الله: أن رجلاً أعتق ستة أعمد
له في مرضه ولا مال له غيرهم، فأقرع رسول الله عليه السلام بينهم فأعتق اثنين
مهم^(٢). وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يبعد قضاؤه؛ لأن استعمال القرعة
نوع قمار وأنه حرام، ولش صح حديث القرعة فقد كان، ثم انتسخ والعمل
بالمنسوخ باطل^(٣).

١ - الفتاوى المهدية ٣/٣٦٣.

٢ - أخرجه مالك في الموطأ (رواية سويد) ٣٨٨/٥، رقم ٨٨٢، وأخرجه موصولاً عن
عمران بن حصين مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد،
رقم ١٦٦٨، وأبو داود في سننه، كتاب العتق، باب يمين أعتق عبداً له لم يبعهم
الثالث، رقم ٣٩٥٨-٣٩٥٩-٣٩٦٠-٣٩٦١، والترمذي في سننه، كتاب الأحكام،
باب ٢٧، ماجاء يمين يعتق مملوكه عند موته وليس له مال غيرهم، رقم ١٣٦٨، وابن
ماجه، كتاب الأحكام، باب القضاء بالقرعة، رقم ٢٣٤٥، والفتاوى المهدية ٣/٣٦٤.

٣ - انظر تفصيل المسألة واختلاف العلماء فيها أوجز المسالك إلى مؤطاً مائت للشيخ
ركري الكاندهلوي ١٠/٣٤٦ ط ٣٥١ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،
بينا ١٩٨٩م وسنن الترمذي، رقم: ١٣٦٨.

[كتاب القاصي إلى القاضي في فصل مجتهد فيه]

(١٥٥٧) قال: القاضي إذا كتب كتاباً إلى قاضي آخر في فصل مجتهد فيه فإن القاضي المكتوب إليه يعمل برأي نفسه، ولا يعد كتاب القاضي على خلاف رأيه، ويعد سجل غيره فيما كان مجتهداً فيه، وإن كان السجل مخالفاً لرأيه؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة؛ وفي الشهادة القاضي يعمل برأي نفسه، أما السجل يحكي عن قضاء غيره فلا يعمل فيه برأي نفسه^(١).

[القضاء برد النكاح بالغيب]

(١٥٥٨) قال: ولو قضى برد نكاح امرأة غيب من العيوب لم يقتصر قضاؤه؛ لأنه مجتهد فيه في الصدر الأول، وكان عمر رضي الله عنه يقول: برد المرأة بالعيوب الخمسة^(٢) وكان عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما: لا يريان الرد^(٣) ولأن هذا قضاء محتلف فيه بين أصحابنا رحمهم الله، فمحمد رحمه الله يقول: بالرد، والقضاء صادف محلاً مجتهداً فيه فيعد قضاؤه^(٤).

١ - الفتاوى الخفية ٣٥٦/٢.

٢ - موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ٦٢٩-٦٣٠.

٣ - وفي موسوعة فقه علي بن أبي طالب رضي الله عنه إن كان الغيب بالمرأة فليرجل أن يفسح النكاح إن لم يدخل بها، وإن دخل فله أن يحسبها، أو يطبقها، وعليه المهر، وإن كان الغيب بالرجل فليمرأة ففسح النكاح ٤٤٤-٤٤٦؛ وفي موسوعة فقه عبد الله بن مسعود إن كان الغيب بالمرأة فليس له فسخ النكاح؛ لأن له طريقاً للحلاص من الروجة وهو الطلاق، وإن كان الغيب بالرجل فلها فسخ النكاح، لأنها لا تمك من أمر الطلاق شيئاً/ ٣٨٠.

٤ - الفتاوى الهدية ٣٦٣/٣.

[القضاء بجواز الكاح بغير الشهود]

(١٥٥٩) قال: ولو قضى بحوار كاح بغير الشهود، أو بشهادة ساء ليس فيه رجل، بعد قضاؤه؛ لأن المسألة مختلف فيها، فمالك وعثمان البتي^(١) كانا يشترطان الإعلان لا غير^(٢) حتى لو حصل الإعلان بحضور الصبيان والمحابر يصح الكاح عندهما، وقد اعتر خلاهما ههنا؛ لأن الموضع موضع اشتباه الدليل؛ لأن اعتبار الكاح سائر تصرفاته يقتضي أن يشترط الشهادة، ولأن بعض الدلائل المقتضية لجواز الكاح مطلقة غير مقيدة باشتراط الشهادة وذكر ابن رستم رحمه الله يسعي للقاضي الثاني أن يحير قضاء الأول، وليس له أن يطله^(٣).

[القضاء ببطلان طلاق الحامل والحائض]

(١٥٦٠) قال: رجل طلق امرأته ثلاثاً وهي حبلى أو حائض أو طلقها ثلاثاً قبل الدخول فرجع ذلك إلى قاضي لا يرى الثلاث ولا طلاق الحامل

١ - عثمان البتي هو عثمان بن مسلم بن هرم بن أهل البصرة، رأى أس بن مالك وصي الله عنه، وروى عن أبي الخليل صالح بن أبي مريم والحسن وعمرهمسا، روى عنه شعبة والثوري وجماعة، وقال شعبة دخلنا على البتي بعمدة، وذكر قصة ذكرها الدار قطني في المختص، وكان البتي يقول ما رأيت هذه البصرة أعلم بالقضاء من محمد بن سيرين (الأسانيد للسمعاني ٢٨١/١ - ٢٨٢ ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٩٨٨م)

٢ - انظر تفصيل مذهب مالك رحمه الله في عارضة الأحودي بشرح صحيح الترمذي للإمام حافظ ابن العربي المالكي ٣/٣٠٧ - ٣١٠ ط دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م.

٣ - الفتاوى الحانية ٢/٤٥٧ والفتاوى الهندية ٣/٣٦٢.

والخائض واقعاً كما هو مذهب بعض العلماء، فحكم بطلان طلاق الحامل والخائض، أو بطلان ما راد على الواحدة، ثم رجع ذلك إلى قاضي آخر فإن الثاني يبطل الأول^(١).

[القضاء بالشهادة على الشهادة]

(١٥٦١) قال: وإذا قضى بالشهادة على الشهادة فيما دون مسيرة سفر بعد قضاؤه؛ لأنه مجتهد فيه، فأبو يوسف رحمه الله: لا يشترط مسيرة السفر^(٢).

[القضاء بنصب وكيل عن الغائب]

(١٥٦٢) قال. رجل عليه دين لرجل فطالبه صاحب المال، فقال «نديون إن لم أقضك مالك اليوم فامرأته طالق، أو عبده حر، ثم يعيب عنه الطالب مخاف الخائف أن يبحث في يمينه، فجاء المطوب إلى القاضي، فقصر عليه القصة فنصب القاضي للعائ وكيلاً في قبض ديونه ودفع إليه المال، وحكم القاضي بذلك، ثم رجع ذلك إلى قاضي آخر، ذكر صاحب الأقضية رحمه الله: أن قضاء الأول باطل فلا يجوز له نصب الوكيل عن الغائب عند أبي يوسف رحمه الله؛ قال صاحب المحيط رحمه الله: هذا قول الكثر، ولكن خص صاحب الأقضية قول أبي يوسف رحمه الله بالذكر^(٣).

١ - الفتاوى الخاتبة ٤٥٧/٢ وافتاوى الهدية ٣/٣٦٣؛ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٣٧/٣.

٢ - الفتاوى الهدية ٣/٣٦٥.

٣ - الفتاوى الخاتبة ٤٥٦/٢.

ودكر الناطقي رحمه الله في الواقعات: ذكر في كتاب الحسن بن زياد رحمه الله: أن القاضي ينصب وكيلاً عن العائب ويقتض ما عليه حتى لا يبحث الخالف؛ قال الناطقي رحمه الله: الفتوى عليه^(١)، ووجه ما ذكر في الأقضية: أنه لو جاز هذا، إنما يجوز من حيث أن نصب الوكيل عن العائب مختلف فيه إلا أن الخلاف فيما إذا ادعى رجل على العائب حقاً وقامت البيّة عليه، فعدداً: القاضي لا ينصب عنه وكيلاً، وعند بعض العلماء: ينصب عنه وكيلاً، ولم يوجد ذلك ههنا، فلا يكون هذا نصاً عن العائب، ولكن هذا تحريراً عن الخنف^(٢).

(١٥٦٣) قال: رجل قدّم رجلاً إلى قاضي وقال: إن لأبي على هذا الرجل ألف درهم، وأبي عائب، وأنا أخاف أن يتواري هذا الرجل فجعله القاضي وكيلاً لأبيه، وقبل بيه الابن على المال، وحكم بذلك ثم رفع ذلك إلى قاضي آخر فإن الثاني لا يجبر قضاء الأول؛ لأن بيه الابن ما قامت بحق على العائب حتى يكون ذلك قضاءً على العائب، بل هذا إخبار أن للعائب على هذا كذا وأنه ليس بمخصم عن العائب، بل هو قصولي فلا يمد قضاؤه به بخلاف المفقود، فإن القاضي يجعل ابن المفقود وكيلاً في طلب حقوقه؛ لأن المفقود بمنزلة الميت في بعض الأحكام، وللقاضي سيطرة في ماله، وله ولاية نصب القيم في مثله، أما ههنا بخلافه^(٣).

١ - الفتاوى الحانية ٢/٤٥٦؛ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٤٣

٢ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/١٤٣.

٣ - الفتاوى الحانية ٢/٤٥٦؛ وشرح أدب القاضي ٣/١٤٣

وروي عن محمد رحمه الله أنه قال: يجوز قضاؤه؛ لأن للقاضي ولاية
 بصب الوكيل عن العائب، وعلى العائب في الجملة؛ وبطير هذا رجل جاء إلى
 القاضي، وقال إن لفلان العائب عليّ كذا من المال وإني قضيت، وهو الآن في
 بلد كذا، وأنا أريد أن أذهب إلى ذلك البلد، وأخاف أن يأخذني الطالب بئال
 نبياً ويحدد الإيضاء فاسمع من شهودي ههنا، واكتب لي حجة حتى لو
 خصمني يكون حجة لي، فإن القاضي بسمع بيته ويجعل عن العائب خصماً.
 وكذلك لو جاءت امرأة إلى القاضي، وقالت: إن زوجي طلقني ثلاثاً
 وأنه في بلد كذا، وأريد أن أقدم تلك البلدة، وأخاف أن يحدد الطلاق فاسمع
 من شهودي واكتب لي حجة، فإن القاضي يجعل للعائب خصماً ويسمع عليه
 البيعة.

قال محمد رحمه الله في المفقود ليس للقاضي أن يصب وكيلاً عن
 العائب، فلو أن القاضي سمع البيعة على العائب من غير خصم ووكيل وقضى على
 العائب ففي هذا فضائه على العائب روايتان ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ
 الإسلام المعروف بحواهر رادة رحمهما الله بعد قضاؤه، وغيرهما من المشايخ
 رحمهم الله قالوا: لا ينفذ^(١).

(١٥٦٤) وإذا حاف صاحب الدين عيبة الشهود أو موقمهم، وأرد
 إثبات الدين على العائب، قال بعضهم يوكل غيره بإثبات حقوقه على الناس،
 فيجعل ما يريد إثباته على العائب من طلاق، أو عتاق، أو بيع شرطاً للوكالة
 بأن قال: إن كان فلان طلق امرأته، أو عتق عبده، فأنت وكيلني في إثبات

حقوقى على الناس، ثم إن هذا الوكيل يُحضر رجلاً وهو يقول: إن فلاناً وكلّى بطلب حقوقه على الناس أجمعين، إن كان فلان باع داره لفلان أو أعتق عبده أو طلق امرأته فإن فلاناً العائب قد باع داره لفلان أو أعتق عبده أو طلق امرأته، فصرت وكيلاً في إثبات حقوق موكلّى، وأن لموكلّى هذا عنيك ألف درهم، فيقول المدعى عليه: بلى إن فلاناً وكلّك على هذا الوجه، ولكي لا أعلم أن الشرط قد وجد، فيقيم المدعى البيّة على الشرط فيقصي القاصي بالشرط، إلا أن هذا فصل اختلف فيه المشايخ أن الإنسان هل ينتصب حصصاً عن العائب في إثبات شرط حقه؟ قال بعضهم: ينتصب، والصحيح: أنه لا ينتصب إذا كان شرطاً يتصرّر به العير، كالطلاق والعقاق وما أشبه ذلك^(١).

(١٥٦٥) والصحيح ما ذكر محمد رحمه الله في الجامع الكبير وهو: أن الرجل إذا أراد إثبات الدين على العائب يسمي لرجل أن يقول لصاحب الدين: كفلت لك بكلّ مالك على فلان العائب، ثم إن صاحب الدين يحضر الكفيل إلى مجلس القاصي، ويقول: إن لي على فلان العائب ألف درهم، وإن هذا الرجل كفّل لي بجميع مالي على فلان، ولي على فلان العائب ألف درهم قبل كفالة هذا الرجل، فيقر الكفيل بالكفالة ويكرّ المال على العائب، صح إنكاره؛ لأن قوله: "كفمت لك بكلّ ما لك على فلان" لا يكون إقراراً منه بالمال؛ لأنه مجهول، فأما إذا أقام المدعى البيّة أن له على العائب ألف درهم كان له عليه قبل الكفالة، قلت بيّته ويقضى له بالكفالة والمال؛ لأنه ادعى

١ - الفتاوى الحامية ٢، ٤٥٥؛ والمناوى اهنية ٣/٣٦٨-٣٦٩

على العائب ما هو سب لحقه على الحاصر، فيتصب الحاصر حصصاً عن العائب فيكون القضاء عليه قضاءً على العائب، حتى لو حصر العائب، وأكره الدين لا يلتفت إلى إنكاره، ولا يكون هذا قضاءً على المسخر؛ لأن المدعى فيما ادعى على الكفيل كان صادقاً ثم يرى المدعى الكفيل عن المال والكفالة، فيبقى المال له على العائب^(١).

وكذلك لو كانت الكفالة على هذا الوجه بين يدي القاضي، ودعوى الكفالة عن العائب بأمره أو بعير أمره سواء، ولو ادعى ألماً على العائب وادعى الكفالة عن العائب على الحاصر، إن ادعى الكفالة بالأمر يصير العائب مقصياً عليه بالدين؛ وإن ادعى الكفالة لا بالأمر لا يصير العائب مقصياً عليه، بخلاف ما إذا ادعى كفالة عامة بكل ماله على العائب، ثم يقضى على الحاصر يكون ذلك قضاءً على العائب، سواء ادعى الكفالة بأمره أو لم يدع^(٢).

والعرف ما عرف في قضاء الجامع الكبير.

قال: رجل ادعى على رجل ديناً فقضى القاضي له عليه ببيعة أقامها، فعاب المقضي عليه أو مات وترك أموالاً في المضر في يد أقوام يقرّون بذلك المال للمقضي عنه، وحلف المقضي عليه وارثاً فإن القاضي لا يدفع شيئاً من ماله إلى المقضي له ما لم يحصر المقضي عليه إن كان عائناً أو يحصر وارثه إن كان ميتاً لاحتمال أن العائب قد قضى ديه^(٣).

١ - الفتاوى الحانية ٤٥٥/٢، والفتاوى الهندية ٣٦٩/٣.

٢ - الفتاوى الحانية ٤٥٦/٢، والفتاوى الهندية ٣٦٩/٣.

٣ - الفتاوى الحانية ٤٥٦/٢.

[القضاء ببيع الماء بغير أرض]

(١٥٦٦) قال: رجل اشترى ماءً لغير أرض، فخاصمه البائع إلى القاضي فأجار البيع، ثم احتصموا إلى قاضٍ آخر فأبطله الثاني، ذكر الساطمي رحمه الله: أنه يجوز إجارة الأول، وإبطال الثاني باطل، ولو كان الأول أبطل البيع فأجاره الثاني يجوز إبطال الأول ولا يجوز إجارة الثاني؛ لأنه مجتهد فيه، روى هشام عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز بيع الماء بغير أرض. وذكر في شرب الأصل: أنه لا يجوز في قولهم^(١).

[قضاء القاضي لامرأة بشهادة زوجها]

(١٥٦٧) قال: ولو أن قاضياً قضى لامرأة بشهادة زوجها وأجبه آخر رفع ذلك إلى قاضٍ لا يجوز شهادة الرجل لامرأته، أمضى الثاني حكم الأول، لأن الأول قضى بدليل مجتهد فيه يسعد قضاؤه^(٢).

[قضاء القاضي لامرأته]

(١٥٦٨) ولو كان القاضي قضى لامرأته بشهادة رجلين لا يجوز، فإن رفع ذلك إلى قاضٍ آخر لا يراء جازراً أبطله، لأن معنى انقضاء مختلف فيه، فإنه كما لا يصح أن يكون شاهداً لامرأته، لا يكون من أهل القضاء لها، فكأن للثاني أن يبطئه، فإن رفع قضاء الأول إلى من يرى جواره، ثم رفع إمضاء الثاني إلى ثالث لا يرى جواره، أمضى الثالث إمضاء الثاني ولا يبطئه^(٣).

١ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٧.

٢ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٨.

٣ - الفتاوى الخانية ٢/٤٥٨.

[قضاء الأعمى]

(١٥٦٩) القاضي إذا قضى وهو أعمى، ثم رفع قضاؤه إلى من لا يرى قضاء الأعمى جائزاً فإنه يبطل قضاء الأول، ولو كان الثاني يراه جائزاً فأجار قضاء الأول، ثم رفع إلى ثالث لا يرى جواز ذلك، فإن الثالث يمضي حكمه شاملاً^(١).

[القضاء بطلان طلاق المكره]

(١٥٧٠) ولو أن قاصياً قضى بطلان طلاق المكره، ثم رفع ذلك إلى قاص يرى طلاق المكره واقعاً، فأبطل حكم الأول لا يجوز إبطاله^(٢).

[القضاء بعدم التأجيل للعيب]

(١٥٧١) ولو أن قاصياً قضى في العيب بأن لا يؤجل، ثم رفع إلى قاصٍ آخر فإن الثاني يؤجله حولاً ويبطل قضاء الأول^(٣).

[بيع القاضي مال الصغير بغير فاحش]

(١٥٧٢) قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله: قاصٍ باع على صغار داراً بألف درهم، وقيمتها خمسة آلاف، فأقاموا بعد بلوغهم الياسة على المشتري عند غير ذلك القاضي أن قيمة الدار كانت يومئذ خمسة آلاف، فبطل هذا القاضي يبطل هذا البيع؛ لأن تصرف القاضي على الصغير إنما يفيد إذا

١ - الفتاوى الخاتمة ٤٥٨/٢.

٢ - الفتاوى الخاتمة ٤٥٨/٢.

٣ - الفتاوى الخاتمة ٤٥٩/٢؛ وشرح أدب العاصي للصدر الشهيد ١٣٩/٣.

كان فيه نظر للصغير؛ لأن ولايته على الصغار بشرط النطر، وليس من النطر بيع درهم بعين فاحش، فهم بهذه البينة أثبتوا أن ذلك البيع كان باطلاً فيقبل ذلك منهم ويقضي، فإن أراد القاضي الأول وهو قاضي على حاله أن يكتب إلى القاضي الثاني بعد حكمه بطلان هذا البيع أن قيمة الدر كانت يومئذ ألفاً لم ينتم إلى ذلك، ولو كتب قبل الحكم بعد الشهادة تقبل ولا يقضي بالشهادة؛ لأن إخباره أن القيمة كانت ألفاً يومئذ جرح في الشهادة، فإذا كان قبل القضاء بعد الأداء لا يقضي لمكان هذا الجرح، وبعد القضاء الجرح لا يقدم في صحة القضاء، فبقي باطلاً كما كان، ألا ترى أنه لو شهدت به شهود المشتري أن ذلك القاضي أشهدهم حين باعها أن قيمتها ألف لا تقبل شهادتهم على زيادة القيمة؛ لأن قول القاضي حجة فقد ثبت بهذه الشهادة خلاف ما شهدت به هذه الشهود، فلا يقبل شهادتهم على مناقضته من بعد^(١).

[القضاء بالشهادة على البلوغ]

(١٥٧٣) قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله: "في رجل ادعى أنه باع منه هذه الدر في شهر كذا في سنة كذا وهو يومئذ بالغ، فأقام العلامة البينة أنه اعتق بعد هذا الوقت عبداً له فرفع إلى قاضي فلان ولم يُجر عتقه لاستصعابه إيمانه فإنه يقضي ببينة الشراء؛ لأن البينات للإثبات، وهم شهدوا بأمر حادث وهو البلوغ، ولأن شهود العلامة إنما شهدوا على العمل

١ - وبملك ولاية أموال غير المكفّر من لا ولي له، وأما من له ولي فلا إلا أن يصرف غير صالح فله نقصه، أو كان متراً مسرفاً فله معه (الحر الرائق ٢٩٦/٦)

باستصحاب الحال من القاصي، وهؤلاء الشهود وقعوا على ما لم يقف عليه القاصي وهو البلوع، فكان قولهم أولى بالقبول، ولو قامت البينة أنه ابن اثني عشرة سنة فقصى القاصي بأنه صغير وأنه ولد كما وقتوا من السنين، ثم شهد آخرون أنه ابن خمس عشرة سنة، لا تقل هذه الشهادة؛ لأن القصاص لما اتصل بالشهادة الأولى لم تصلح الشهادة الثانية معارضة لها؛ لأن الشهادة قبل اتصال القصاص بها ليس بحجة، وما ليس بحجة لا يصلح معارضة للحجة

وطير هذا إذا شهد الشهود أنه طلق امرأته يوم الحر من سنة كذا بحكمة، وقصى به القاصي، ثم شهد آخرون على أنه أعتق عبده في ذلك اليوم من تلك السنة بكوفة، لا يقل هذه الشهادة الثانية ولا يقص به القصاص الأول، بخلاف ما إذا شهدوا بذلك قبل القصاص فإنه لا يقص، والعرق ما ذكرنا.

ولو قالوا: شهد أنه بالغ محتمل تقل هذه الشهادة؛ لأن البلوع والاحتلام من مثل هذا العلام محتمل، فلم يكن في العمل بهذه الشهادة نقص لقصاص الأول؛ لأن القصاص وقع على إثباته، ثم إن ما لم يحكم بلوعه بالاستتعار وذلك باستصحاب الحال، فكان العمل بالشهادة بالبلوع أولى بالقبول، قال ألا ترى أنو قالوا: رأياه محتمل قبل ذلك لأهم أنتم شهدتم ما لم يقف عليه القاصي، فكذلك هنا.

[القصاص من غير بيان وجه القصاص]

(١٥٧٤) قال: القاصي إذا قصى بأقضية يختلف فيها الناس، أو قصى برجل على رجل محق، وأشهد على قصائه شهوداً، ولم يبين بأي وجه قصى، ثم رفع ذلك إلى قاصٍ آخر، فقال الثاني: اشهدوا أي قد أبطلت ما قصى فلان

بن فلان القاصي على فلان ونقصت قضاءه بأمر قد تحقق عدي إبطاله، أو قال: اشهدوا أنني قد أبطلت ما قصي فلان على فلان ولم يزد على ذلك شيئاً، ثم رُفِعَ ذلك إلى قاضي ثالث، فإن الثالث يطل ما أبطله الثاني؛ لأن الثاني أجمل ولم يستر، فإذا لم يعلم أي قصائين كان حقاً يجعل كأيهما كانا معاً وعد ذلك بطلاً، لمكان التعارض وتعدّد الجمع بينهما وترجيح أحدهما على الآخر؛ لأنه ليس أحدهما بالتقدم بأولى من الآخر، فكما لا يرد القصص على المحار لا يرد الإجارة على المقوص، فيجعل الحق للذي في يده المدعى به؛ لأن القاصي الثاني أخرجته من يده، فلا ينقص يده بالشك، يبقى يد دي اليد كما كان^(١).

وذكر في الرقيات حكم إبطال الثاني قضية القاصي الأول على نحو ما ذكرنا، وراد فيه فقال: والقاصي الواحد فيه والآن سواء؛ لأنه لما صحّ القضاء لمصادفته عمل الاجتهاد، فكما لا ينعمله القصص من هذا القاصي لا يحتمل من غيره^(٢).

قال ابن سماعه رحمه الله. قلت في كتابي لمحمد رحمه الله: رجل مات وباع رجل متاعاً من تركته فحاصمه في ذلك بعض الورثة إلى القاصي، وأقام الرجل الية أن فلاناً القاصي أجاز ما باع من تركته فلان، وأقام الورثة الية أن ذلك القاصي أو غيره أنظر جميع ما باع من تركته فلان ونقصه، قال إن لم يعلم أيهما كان أولاً فإنه ينقص، لأنه متى جهل التأريخ بينهما جعل كأيهما

١ - الفتاوى الخانية ٤٥٩/٢.

٢ - الفتاوى الخانية ٤٥٩/٢.

كان معاً فبطل للتعارض، وصار كأنه لم يحجره قاصٍ ولم يردّه فيبطل بيعه؛ لأنه
ليس بوصي ولا حائز الأمر، فإن وقت الشهود وقتاً أحدث بالوقت الآخر،
لأن القضاء الآخر يبطل القضاء الأول والله أعلم.

الفصل الثاني

فيما يجوز قضاء القاضي وما لا يجوز

وهذا الفصل مشتمل على أنواع:

النوع الأول

في بيان ما لا يجوز للقاضي أن يقضي لنفسه

ولن لا تقبل شهادته له

[القضاء والشهادة في حق نفسه]

(١٥٧٥) قال: الإنسان لا يصلح قاصياً في حق نفسه، إما لأنه لا يصلح شاهداً لنفسه، ومن لا يصلح شاهداً في شيء لا يصلح قاصياً فيه؛ لأن كل واحد منهما من باب الولاية لما فيه من تعيد القول على الغير، إلا أن ولاية القضاء أقوى وتعيد القول فيه أبلغ، ومن لا يصلح لأدى الولاياتين لا يصلح لأعلاهما؛ وإما لأن القضاء لا بد له من مقصي له ومن مقصي عليه، والإنسان لا يصلح في حق نفسه مقضياً له ومقصياً عليه، فإذا قصى القاضي لنفسه من كل وجه لا يبعد بامضاء قاصٍ آخر، وإذا قصى لنفسه من وجه يبعد بامضاء قاصٍ آخر، فإذا قصى غيره من كل وجه فإن لم يصلح قاصياً يقر لا يبعد قضاؤه وإن أمضاه قاصٍ آخر^١ وإن كان في صلاحيته اختلاف، فإذا أمضاه قاصٍ آخر نفذ قضاؤه بالإجماع.

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٦

وإن وقع الخلاف في أنه قضاء لغيره من كل وجه، أو قضاء لغيره من وجه ونفسه من وجه آخر، يتوقف على إمضاء قاضي آخر وسيأتي بيانه في محال المسائل إن شاء الله تعالى^(١).

[ادعاء القاضي لنفسه]

(١٥٧٦) قال في أدب القاضي: لو أن قاصباً باع لنفسه أو اشترى ثم تارعا لم يصدق على^(٢) شيء مما يدعى أو يدعى عليه، لأنه فيما يكره بغير نفسه، وحيثه محتمل للكذب؛ لأنه غير معصوم عن ذلك، وقول من ليس بمعصوم عن الكذب بامرهاده ليس بحجة إلا إذا كان على وجه القضاء، وهذا على غير وجه القضاء؛ لأن ما كان على وجه القضاء يكون لله تعالى، وفيما يدعى على غيره يقصد إبرام الحق عليه والمدعي لا يجوز أن يستحق بنفسه دعواه شيئاً لقوله عليه السلام "لو أعطي الناس بدعواهم لادعى الناس دماء قوم وأموالهم؛ لكن النبوة على المدعي واليمين على من أنكر"^(٣)، فقد أخرج لدعوى من أن يكون سبباً للاستحقاق، ولأن الخصم بالحجود يعارضة عنه فلا يصلح قوله حجة مع المعارضة بدون دليل موجب للترجيح، والدليل موجب للترجيح ما أشار إليه رسول الله عليه السلام من النبوة أو اليمين وم يوجد كلامهما فلا يصدق.

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٦.

٢ وفي نسخة "ب" هكذا وفي نسخة "ح" (لم يصدق في شيء)

٣ - المسند للإمام أحمد بن حنبل ١/٣٦٣؛ وأخرجه البخاري في صحيحه ٢٥١٤ -

٢٦٦٨ ٤٥٥٢، مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية ١٧١١

[قضاء القاضي لو كيله]

(١٥٧٧) قال ولا يجوز للقاضي أن يقضي لو كيله ولا لو كيل وكيله، لأن الوكيل في الخصومة سفير ومقرّر، فيكون القضاء واقعاً للموكل، والقضاء لنفسه باطل ما ذكرنا، ولأن القضاء يعتمد مقصياً له ومقصياً عنه ولم يوجد، وكذلك وكيله بابيع والإحارة إذا حاصم لا يجوز قضاؤه له؛ لأن حقوق العقد، وإن كان راجعاً إلى الوكيل، وكل ما هو حكم العقد فالمقصود به إنما هو الملك، والملك واقع للموكل فكان القضاء واقعاً للقاضي من حيث الحقيقة^(١).

وكذلك لا يقضي لو كيل الوالدين والمولودين والزوجات وعبيدهم ومكاتبهم؛ لمكان التهمة واعتبار العصية واتصال الأملاك والاتفاق بها من غير استئذان، ولا حشمة؛ وتلك التهمة مائة قول الشهادة والقضاء هم.

[قضاء القاضي لشريكه]

(١٥٧٨) وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقضي لشريكه ولا لو كيل شريكه، ولا لعبد شريكه ولا لمكانه، شركة معاوضة أو شركة عسان إذا كانت الخصومة في مال هذه الشركة؛ لأن ما من شيء يقضي به إلا وله فيه شركة، والقضاء لنفسه باطل لما مر^(٢).

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٦.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

قال: ولو أن رجلاً مات وأوصى للقاضي بثلث ماله، وأوصى إلى رجل آخر لم يجز قصاؤه للميت بشيء من الأشياء؛ لأنه إذا قصى بأي شيء كان من التركة للميت، فقد قصى لنفسه بثلثه، فيكون قضاءً لنفسه وإنه لا يجوز^(١) وكذلك إذا كان القاضي أحد ورثة الميت، وكذلك لو كان الموصى له ابن القاضي أو أباه أو امرأته أو عبده أو مكاتبه، أو عبد من لا يقبل شهادته له؛ لأن قضاءه هؤلاء لا يجوز لما مر^(٢).

وكذلك إذا كان القاضي وكيل الموصى في ميراث الميت، وكذلك إذا كان للقاضي على الميت دين لا يجوز قصاؤه للميت بشيء.

فرق بين قضاء القاضي لعمره بعد موت العرم، وبين قصائه له في حال حياته، والفرق: أن الدين لا يتعلق بمال الصحيح، وكان القضاء في حال صحته واقعاً لعمره من كل وجه أما بعد الموت فالدين يتعلق بماله وكان المال المقصي به حقاً لرب الدين من ذلك الوجه، وإذا وكل أحد الخصمين عند القاضي أو مكاتبه أو بعض من لا يقبل شهادته له لا يجوز له أن يقضي للوكيل على خصمه؛ لأن القضاء يقع للوكيل من حيث الطاهر وأنه لا يصلح قاصباً في حق هؤلاء

قال: وإذا وكل رجل رجلاً بالخصومة فاستقصى الوكيل ليس له أن يقضي في ذلك، ولو وكل رجلاً آخر لا يجوز أن يقضي له أيضاً، إما لأنه ليس

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

له ولاية التوكيل بحكم ولاية القضاء؛ لأنه إن أقام بحكم القضاء كان هذا قضاءً لعائب، وإما لأنه لم يقل له الموكل: ما صنعت من شيء فهو جائز، وإن قال له: ما صنعت من شيء فهو جائز لم يجر قضاؤه للتوكيل الثاني^(١) أيضاً؛ لأن الوكالة الثانية مستمدة من جهة التوكيل الأول فصار كل واحد منهما وكيلين للموكل الأول، ولهذا لو أراد الموكل عرهما، فله ذلك ويعرلان بموته، ولا يعرل التوكيل الثاني بموت التوكيل الأول.

مرق بين هذا وبين ما إذا أمر القاضي رجلاً أن يبيع مال يتيم فخاصم التوكيل في شيء من حقوق ذلك العقد إلى هذا القاضي، فله يحسب له أن يقضي هذا التوكيل.

والمرق: أن القاضي في تصرف مال يتيم ليس محصم مكذباً، ولهذا لا ينحقه العهدة، فانتقل العقد إلى يتيم من كل وجه، فكان قضاء ليتيم من كل وجه، لا لتوكيل القاضي، أما ههنا بخلافه.

[أمر القاضي لنائبه بسماع الدعوى وشهادة وكتابة الإقرار]

(١٥٧٩) قال. وإذا أمر القاضي لنائبه أن يسمع الدعوى والخصومة ويسمع شهادة الشهود ويكتب الإقرار، ولكن لا يقطع الحكم، فله، أن يسمع الدعوى ويكتب إقرار من أقر عنده ويسأل عن الشهود ثم يسهي ذلك إلى القاضي، فيكون القاضي هو الذي يحكم بعد أن يعرف صحة ذلك، ثم إذا

١ - الفتاوى المهدية ٣/٣٦٧.

رفع النائب إلى القاضي فالقاضي لا يقضي بتلك الية بل يأمر بإحضار المدعي والمدعى عليه، وإحضار الشهود ويأمر الشهود أن يشهدوا ثانياً عنده محضرة المدعي والمدعى عليه، فإذا صحت الشهادة عنده قضى بتلك الشهادة^(١).

قال صاحب المحيط رحمه الله هذا فصل، الناس عنه عاقلون فإن نائب القاصي يسمع الية، ويكتب الإقرار، ويعث إلى القاصي؛ والقاصي يقضي بذلك وهذا لا يجوز.

[شهادة الشهود بحق عبد خليفة القاصي]

(١٥٨٠) قال: إذا شهد الشهود بحق عبد خليفة القاصي ثم عابوا فأعدم الخليفة القاصي مما شهد عنده لهذا على هذا، فالقاصي لا يقبل ذلك، ولا يحكم حتى يعيد الشهادة عنده.

وكذلك إن كان المدعى عليه أقر عبد خليفة ثم جحد بعد ذلك، فأحبر الخليفة القاصي بإقراره عنده، فالقاصي لا يقبل ذلك إلا أن يشهد معه غيره على إقراره، فإذا شهد معه غيره فحينئذ يقبل القاصي ذلك على طريق الشهادة.

وسئل الشيخ القاصي الإمام شمس الإسلام الأورجندي عن القاصي إذا سمع الدعوى وسمع النائب الشهادة هل يقضي النائب بالشهادة بدون إعادة

١ - البحر الرائق لابن نجيم المصري ٧/٧.

للدعوى؟ قال: لا، إلا أن يأمره القاضي بالحكم بتك الية، وسئل عن القاضي أيضاً إذا سمع الدعوى والشهادة ولم يحكم وأمر النائب بالحكم، وهو مآدون بالاستحلاف، هل يصح هذا الأمر؟ وإذا حكم النائب هل يصح حكمه؟ قال نعم^(١).

وإذا كان القاضي مآدوماً بالاستحلاف فحكم حليفته في حادثة موقعت الحاجة إلى إثبات حكمه عند القاضي الأعلى، يسعى أن يشتوا ذلك بشرائطه من تقسيم دعوى صحيحة على خصم حاصر كما لو أثبتوا قضاء فاص آخر^(٢).

[قضاء القاضي للإمام الذي ولّاه أو عليه]

(١٥٨١) ولو أن قاصباً قضى للإمام الذي ولّاه القضاء، أو قضى عليه جار^(٣)؛ لأن المقيد ليس بنائب عن مقلد بل هو نائب عن صاحب الشرع في تنفيذ أحكام الله تعالى، أو نائب عن جماعة المسلمين في إقامة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ لأن القضاء أمر بالمعروف لما فيه من الأمر بإيصال الحق إلى المستحق، وهي عن المنكر لما فيه من قصر يد الطامع عن المظلوم ومنعه عن الظلم، وإنه واجب على كل واحد من آحاد المسلمين، إلا أنهم لكثرتهم عجزوا عن إقامته فانتصب القاضي نائباً عنهم فيما عجزوا.

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٠ والبحر الرائق ٧/٧.

٢ - البحر الرائق ٧/٧.

٣ - البحر الرائق ٦/٧.

والإمام نائب عنهم في التقليد والتصرف، فكان الإحلاف والتقليد كأنه من جماعة المسلمين فإذا عم^(١) التقليد في الاستخلاف صار نائباً مطلقاً، نافذ التصرف على العموم فيملك التمويص إلى من شاء.

(١٥٨٢) وكذا قاضي القضاة لو حوصم إلى قاض ولأه هو، فقضى له أو عليه جار ذلك؛ لأن حكم قاضي القضاة في حق هذا القاضي كحكم الإمام الأعظم في حقه، وقاضي القضاة لو قضى للإمام الأعظم جار فكذا هذا.

[نصب القاضي مسخراً عن غائب]

(١٥٨٣) قال: إذا نصب القاضي مسخراً عن نائب لا يجوز له أن يفعل ذلك، ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه.

(١٥٨٤) وتفسير المسخر: أن نصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه، وكذلك لو أحضر رجل غيره عند القاضي ليسمع الخصومة عليه، والقاضي يعلم أن المحضر ليس بحصم فسعي لنقاضي أن لا يسمع الخصومة عليه ولو سمع يأثم^(٢).

(١٥٨٥) وإنما يجوز نصب الوكيل عن حصم استخفى في بيته، ولا يحضر مجلس الحكم، ولكن بعد ما بعث الأسماء إلى داره، ونودي على باب

١ - وفي نسخة "أ" و "ب" (عقم).

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٨؛ البحر الرائق ١٩/٧.

داره على التفسير الذي ذكرناه في صدر الكتاب^(١)، أما في غير ذلك الموضع
فلا^(٢).

(١٥٨٦) والدليل على أن نصب المسحر لا يجوز ما ذكره الخصاص
رحمه الله في أدب القاضي. رجل ادعى عقاراً في يد رجل وأقام بيّنة على
الملك والقاضي لا يسمع بيّنته ولا يقضي له بالملك ما لم يعلم أن العقار
المدعى به في يد المدعى عليه، أو يشهد الشهود بذلك لجوار أن المدعى
واضح رجلاً حتى يقرّ بأن العقار في يده فيقضي القاضي بذلك ويكون ذلك
استحقاقاً عليه وعلى غيره، والعقار في الحقيقة في يد غيره^(٣).

(١٥٨٧) وذكر محمد رحمه الله في شهادات الجامع الكبير: رجل
عاب فحاء رجل ادعى على رجل ذكر أنه عريم العائب، وأن العائب وكّنه
بطلب كل حق له على عرمانه بالكوفة وبالخصومة فيه، والمدعى عليه بكسر
وكالته فأقام المدعى بيّنة على وكالته وقضى القاضي عليه بالوكالة، قال شيخ
الإسلام رحمه الله: هذه المسألة دليل على جوار الحكم على المسخر، فإنه
قال: ادعى على رجل ذكر أنه عريم العائب ولم يقل ادعى على رجل هو
عريم العائب، قال الصدر الشهيد رحمه الله: هذا عبداً محمول على ما إذا لم
يعلم القاضي بكونه مسحراً^(٤).

١ - انظر: الجزء الأول من صوان القضاء وعنوان الإفتاء ٢٤٢-٢٤٤.

٢ - البحر الرائق ١٩/٧.

٣ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢١٥/٣ ٢١٧.

٤ - الفتاوى المهدية ٣٦٨/٣.

قيل ويسعى أن تكون هذه المسألة على روايتين؛ لأن هذا في الحاصل قصاء على العائب، وفي القصاء على العائب روايتان، وكان الشيخ الإمام أستاذ الأئمة ظهر الدين المرعبي رحمه الله يقول: في القصاء على العائب يعني بعدم المقاد كيلاً يتطرقوا إلى هدم مذهب أصحابنا رحمهم الله، فهو أن القاصي حكم على المسخر وأمصاه قاصي آخر صح الإماماء ولا يكون لأحد^(١) بعد ذلك إبطاله^(٢).

[كون المقصي به خارجاً عن ولاية القاصي]

(١٥٨٨) قال. القاصي إذا قصى بعين في يد رجل والمقصي به ليس في ولايته صح القصاء، ولكن لا يصح التسليم منه.

قال صاحب المحيط رحمه الله: صورة المسألة بحاري ادعى داراً على سمرقندي عند قاصي بحاري أن الدار التي في يديه بسمرقند في محلة كسد إلى آخره ملكي وحقي وفي يديه بعير حق، وأقام بيعة على دعواه القاصي بقصي بالدار للمدعي ويصح قصاؤه؛ لأن المقصي له والمقصي عليه في ولايته إلا أن التسليم لا يصح منه؛ لأن الدار ليست في ولايته فيكتب إلى قاصي سمرقند لأجل التسليم إليه^(٣).

قال محمد رحمه الله في الجامع الكبير رجل مات وله ديور على أساس بعضها على القاصي، وبعضها على من لا يقبل شهادته له فادعى رجل عند هذا

١ - وفي نسخة "ج" (لأحدهما).

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٨.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٨.

القاضي أن الميت أوصى إليه، فإن القاضي إذا قضى بوصايته صحّ قضاؤه استحساناً حتى لو قضى الدين إلى هذا الوصي يبرأ، ولو رفع قضاؤه إلى قاضي آخر، فإن القاضي الثاني بمضيه، ولو أن القاضي لو لم يقص له بالوصاية حتى قضى الدين هو أو من لا يقبل شهادته له ثم قضى له بالوصاية لا يصح قضاؤه، حتى كان للورثة ولاية المطالبة بالدين، وهو رفع قضاؤه إلى قاضي آخر أبطله^(١) والعرق: أن القاضي في الفصل الثاني عامل لنفسه؛ لأنه يثبت براءة نفسه ويصح دفعه إليه والقضاء لنفسه باطل، ولا كذلك الفصل الأول، ويوضحه أن القضاء معتبر بالشهادة، فاعزم لو شهد بالوصاية هذا الرجل بعد ما أدى الدين إليه لا تقبل شهادته لمكان التهمة، فكذا لا يصح قضاؤه، وقيل قضاء الدين لو شهد العزم بالوصاية به لهذا الرجل نقول شهادته إذا كان الموت طاهراً استحساناً؛ لأنه لا تهمة في هذه الشهادة؛ لأن للقاضي ولاية نص الوصي إذا كان الموت طاهراً بدون الشهادة، فكذا يصح قضاؤه أيضاً.

ثم إن محمداً رحمه الله سوى في الفصل الثاني بين القاضي وبين من لا يقبل شهادته له، وقال: إذا رفع قضاؤه إلى قاضي آخر أبطله ولو أمضاه كان باطلاً، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: يعني أن يكون الخواب في حق من لا تقبل شهادته له بخلاف الخواب في حق نفسه؛ لأن قضاء القاضي لنفسه باطل بالإجماع فلا يكون لأحد أن يمضيه^(٢).

أما قضاؤه لمن لا تقبل شهادته له مخلف فيه؛ لأن شهادته هؤلاء مختلف فيه فكذا قضاؤه، فالقضاء بالإبضاء صادق محلاً مجتهداً فيه، فكان لغيره أن

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

بخصه إذا كان من رأيه ذلك ولو لم يدع أحد الإيصاء حتى جعل القاصي له وصياً، ثم إن القاصي دفع الدين إليه يجوز الإيصاء والنصب والدفع إليه. ولو قضى الدين إليه أولاً، ثم نصبه وصياً عن الميت لا يصح النصب^(١)؛ لأن النصب قبل قضاء الدين نصب من القاصي على وجه القضاء، وبعد قضاء الدين عامل لنفسه فلا يصح، ولو كان مكان دعوى الوصاية دعوى السب في هذه المسألة فقضى القاصي بسبه إن كان لقضاء بسبه بعد قضاء الدين إليه لا بعد قضاؤه، وإن كان القضاء بالسب قبل قضاء الدين إليه بعد قضاؤه، والفرق ما ذكرناه^(٢).

ولو كان مكان دعوى الوصاية والسب دعوى الوكالة، بأن غاب رب الدين وأقدم رجل البيّة أن رب الدين وكله بقبض الدين الذي له عليّ أو عني من لا نقل شهادته له، فقضى القاصي بوكالته لا يجوز، سواء كان القضاء قبل دفع الدين إليه أو بعد الدفع^(٣).

فرق بين الوكالة والوصاية قبل دفع الدين، والفرق: وهو أن للقاصي ولاية نصب الوصي وإن لم يكن على الميت دين فلا يكون في هذا نصب قبل قضاء الدين إليه عاملاً لنفسه، فلا يكون قضاؤه لنفسه أصلاً.

أما ليس للقاصي ولاية نصب الوكيل عن العائب^(٤) فهو بهذا القضاء يعمل لنفسه من حيث أنه يشت براءة دمه بدفعه إليه، فيكون قاصياً بنفسه فلا يصح، فإن رفع قضاؤه بالوكالة إلى قاصٍ آخر فإن كان القضاء بالوكالة بعد

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٦٨.

٤ - وفي نسخة "أ" (البائب).

قضاء الدين يردّه لا محالة، ولو أمصاه قاضي آخر لا يجوز إمضاؤه؛ لأنه وقع باطلاً، وإن كان القضاء بالوكالة من الأول قبل قضاء الدين إليه وأمصاه الثاني جاز إمضاؤه^(١).

علّل محمد رحمه الله في الجامع الكبير وقال: لأن إمضاء الثاني حصل في محل مجتهد فيه، فقد أشار إلى أن القضاء بالوكالة مجتهد فيه واحتضت عبارات المشايخ فيه، بعضهم قالوا: أراد به حقيقة الاختلاف، ومن المشايخ رحمهم الله من يجيز القضاء بالوكالة كما يجيز بالوصاية، وبعضهم قالوا: أراد به اشتباه الدليل، ووجه ذلك: أن الوكالة إجابة في حالة الحياة، والوصاية إجابة بعد الموت، فالقياس الطاهر يوجب التسوية بينهما، فيبني أن يملك القاضي نصب الوكيل كما يملك نصب الوصي، ويبني أن يملك القضاء بالوكالة قبل قضاء الدين كما يملك القضاء بالوصاية، فإذا أحد بالقياس الطاهر وقضى بالوكالة قبل قضاء الدين حصل قضاؤه في محل مجتهد فيه، أو نقول: هذا قضاء عيسى العائب، والقضاء على العائب مجتهد فيه، فإن قيل: هذا القضاء إذا كان مجتهداً فيه يبني أن لا يتوقف على إمضاء قاضي آخر كما في سائر المجتهدات، قلنا: هذا إذا كان قضاء للغير من كل وجه، أما إذا كان قضاء لنفسه من وجه يتوقف على إمضاء قاضي آخر، وهما القضاء وقع لغيره من وجه، ولنفسه من وجه، فيتوقف على إمضاء قاضي آخر.

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٤٣/٣.

النوع الثاني

فيما يجوز للقاضي أن يضعه على يدي عدل وما لا يجوز^(١)

(١٥٨٩) قال: امرأة ادّعت الطلاق على زوجها، وجاءت بشاهد

واحد هل يجوز للقاضي أن يضعها على يدي عدل حتى يأتي بالشاهد الآخر؟

قال مشايخنا رحمهم الله: بطل: إن كان الطلاق رجعياً فلا يحول بينها وبين

الروح؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح، وإن كان الطلاق بائناً بطل:

أيضاً إن قالت المرأة: كان شاهدي الآخر عائناً وليس في المصر، لا يحول بينها

وبين الروح لما في الحبولة من إرالة يد الروح، واليد مقصودة كالمك، والمك

لا يُران بشهادة الواحد، فكذا اليد^(٢)، وإن قالت: شاهدي الآخر في المصر

بطل، إن كان الشاهد الحاضر عدلاً أو فاسقاً، فإن كان فاسقاً لا يحال بينهما؛

لأن شهادة الفاسق ليست بحجة أصلاً، لا في حق الله تعالى ولا في حق العباد،

وإن كان عدلاً، قال في الأصل: يوجّله ثلاثة أيام، وإن حال بينهما فحس،

ودكر في الجامع الصغير: إذا شهد واحد عدل بمخ الزوج من الدخول عيها

استحساناً، وأما تأجيله ثلاثة أيام؛ لأنه لا يمكن لكل مدعٍ إحصار شهوده

جملة في أول المحس، ولا بعد يوم ولا يومين، فقدّرنا الثلاث على ما عرف في

كثير من المواضع^(٣).

١ - انظر حول الموضوع: أدب القاضي للخصاف مع شرحه للصدر الشهيد ١٩٥/٣

٢٠٤، الباب الخمسين.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٧.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٧.

وأما الخيلولة بطريق الاستحباب؛ لأن إيقاع الطلاق البائن يوجب تحريم المرح، وحرمة المرح من حقوق الله تعالى، وشهادة الواحد حجة في حقوق الله تعالى، وليست بحجة في حقوق العباد، فاعتبار حق الله تعالى يوجب الخيلولة، وباعتبار حق العبد وهو الروح يجمع، فاستحب الخيلولة، وليس للزوج فيه كثير ضرر^(١).

أما إذا كان عائياً فمدة الخيلولة تطول، فيكثر الصرر على الروح، فاعتبر حق الروح في هذه الحالة، ولم يعتبر حق الله تعالى.

(١٥٩٠) أما إذا أقامت شاهدين شهدا على الطلاق البائن، أو على الطلقات الثلاث، قال مشايخنا رحمهم الله لم يذكر هذا الفصل في الأصل.

ودكر في الجامع: أن القاصي يجمع الروح من الدحول عليها والخيلولة معها مادام مشعولاً بتركية الشهود، وهذا استحسان، والقياس: أن لا يحول بينهما؛ لأنها تيقناً محرمة إخراجها من منزل زوجها؛ لأنها مكوحة أو معتدة وأياً ما كان يحرم إخراجها، ولكن يجعل القاصي معها امرأة أمية يجمع الروح من الدحول عليها وإن كان الروح عدلاً^(٢).

فرق بين هذا وبين ما إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً ومنزله صيق، فجعل بينهما سترَةً، أو حائلاً يكتفي به فلا يحتاج إلى امرأة أمية إذا كان الروح عدلاً.

١ - وفي نسخة "ب" (كثير صرب) وفي نسخة "ح" (ولس الروح فيه كثير الصرب

على الروح)

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٧.

والفرق: أن الروح هها يكر احرمة ويستحلها، والعدل لا يتمتع عما يستحلّه بدينه، أما في تلك المسألة فالروح يعتقد احرمة فلا يخاف عليها إذا كان عدلاً.

(١٥٩١) وبقرة الأمية في بيت المال؛ لأنها مشعولة بإقامة حق الله تعالى وهو مع الروح من الدحول عليها، فكانت عاملة لله تعالى، فيكون معتقها في بيت المال.

(١٥٩٢) فإن ركبت الشهود برق بينهما، وإلا ردت المرأة على الروح، فإن طالت المدة وظلت من القاصي أن يمرض لها النفقة فانقاضي يمرضها النفقة، ويأمر الروح بإعطاء اعروض، ولكن إنما يمرضها نفقة مدة العدة لا غير، لأنها إن كانت مطلقة فهي معتدة ولها نفقة العدة، وإن لم تكن مطلقة فهي مكوحة لكن مجموعة عن الروح لا لمعنى من جهته، وهذا يوجب سقوط النفقة، فقد وقع الشك في سقوطها وشوقها فلا يسقط بالشك إلا أن هذا الشك في مقدار نفقة العدة، فأما الريادة على نفقة العدة فقد نيقاً بسقوطها، فإذا أحدث قدر نفقة العدة إن عدلت الشهود سلم لها ما أحدث، لأنه تبين أنها استوعبت نفقة العدة وهي حقها، وإن ردت الشهادة ردت المرأة على زوجها عرجع الروح عليها بما أحدث؛ لأنه تبين أنها كانت مكوحة مجموعة عن الروح لا لمعنى من جهة الروح، فتبين أنها ما كانت مستحقة للنفقة وأن القاصي أخطأ في قصائه، فما أخذت المرأة أخذت بغير حق^(١).

(١٥٩٣) قال محمد رحمه الله في عتاق الأصل. وإذا ادعى العبد والأمة

العتق على مولاها وليس لهما بينة حاضرة فإنه لا يحال بينهما وبين المولى، لمسا
ذكرنا: أن في الخيلولة إرالة اليد واليد مفصودة كالمملك فلا يرال بمجرد
الدعوى^(١) وإن أقاما شاهداً واحداً، فإن قالوا: الشاهد الآخر عائب عن المصر،
فالجواب فيه كالجواب فيما قلنا في الطلاق، وإن قالوا: الشاهد الآخر حاصر في
المصر، فإن كان الشاهد الذي أقاماه فاسقاً، فكذلك الجواب، فإن كان عدلاً
ذكر: أنه لا يحال بينهما أيضاً^(٢).

قال صاحب المحیط: هو^(٣) الذي ذكر صحيح في العبد، أما في الأمة
يسمى أن يقال. لو حيل^(٤) بينهما فحس على روايه الأصل، وعلى رواية
الجامع: يحال بينهما على نحو ما ذكرنا في الطلاق، وهذا لأن عتق الأمة
يتضمن حرمة المرح كالطلاق، فكان الجواب في عتق الأمة بطريق الجواب في
طلاق المرأة^(٥).

وإن أقاما شاهدين مستورين يحال بينهما جميعاً إلى أن يظهر عدالة
الشهود؛ لأن شهادة المستورين حجة في حقوق الله تعالى والعباد، ألا ترى أن
القاضي لو قضى بشهادتهما بطاهر العدالة يفقد قضاؤه بالإجماع، فيجوز إرالة

١ - شرح أدب القاضي للمصنف الشهيد ١٩٩/٣.

٢ - الفتاوى الهدية ٣٧٨/٣، وشرح أدب القاضي ٢٠٠/٣.

٣ - وفي نسخة "ب" و "ج" (هذا الذي).

٤ - وفي نسخة "ب" و "ج" (لو حال بينهما).

٥ - الفتاوى الهدية ٣٧٨/٣.

يد للمولى بشهادتهما، وهذا الجواب في الأمة مجري على إطلاقه، وفي العبد محمول على ما إذا كان المولى مخوفاً عليه بخاف منه الاستهلاك وتعب العبد، أما إذا لم يكن فلا يحل بيته وبين العبد فيؤخذ منه كغير نفسه ونفس العبد^(١).

(١٥٩٤) وحيلولة الأمة يخالف حيلولة المرأة الحرة، فإن حيلولة الحرة أن يجعل معها امرأة ثقة من غير إحراجها من بيت لروح، وحيلولة لأمة أن يصعها على يد امرأة ثقة خارج بيت المولى، وذكر في استقضى أن الحارية إنما نوصع على يدي العبد إذا لم يكن المدعى عليه مأموراً، أما إذا كان مأموراً ثقة ونقاصي يعرفه بذلك أمره أن يعرلها

(١٥٩٥) ثم إذا وصعت الحارية على يدي العبد فالقاصي يأمر المولى بالإملاق عييه، فإن ركبت البيه وعنتها القاصي فإن قال المدعى عييه قد كنت أعق عليها كما نطق على عبيدي فهو مطرّح ويرب قال. دفعت ذلك إليهما فرصاً لهما على أهما حرّان، رجع عييهما بالكسوة والدرهم، ولا يرجع عليهما بالطعام.

(١٥٩٦) وإن كان الشاهدان على عتق الأمة والعبد فاسقين، لاشك أن في الأمة يحال بينهما؛ لأن شهادة الفاسق حجة في حقوق العباد، حتى لو قضى القاصي بشهادة الفاسق على طس أنه صادق يبعد فصاؤه، وفي لعبد اختلاف الروايات؛ ذكر في بعض الروايات أنه يحال وفي رواية لا يحال^(٢).

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٨.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٨.

قال: أمة في يد رجل ادعاه رجل على أنها له وأقام على ذلك شاهدين لا يعرفهما القاضي، والقاضي يخرجها عن يده ويضعها على يدي عدل، لما^(١) مر، فوطلبت الفقة وأمر القاضي المشهود عليه بالإساق ثم لم يرك المشهود عليه وردت الجارية على المولى، فالمولى لا يرجع عما أعتق على أحد، وإن ركبت الشهود وقضى القاضي بالجارية للمدعي لم يكن للمشهدود عليه أن يرجع عن المدعي، لأنه أعتق على جاريته بعير إده، وهل يرجع بذلك على الجارية فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يرجع، وعلى قولهما: يرجع، ويكون ذلك دية الجارية، تناع الجارية فيه إلا أن يهديها المقضي له، لأنه لما قضى بها للمدعي طهر أن المدعى عليه كان عاصياً في حال ما أعتق عنها؛ لأن يد العدل كيد المدعى عليه، ولهذا لو هلك في يد العدل ضمن المدعى عليه قيمتها، فتبين أنها استهلكت شيئاً من مال العاصب.

(١٥٩٧) ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله: أن جناية المعصوب على ميث اعاصب هدر، كجناية المملوك على مالكة، وعندهما: معتبرة كالجناية على الأجنبي، وهي من مسائل كتاب الذنات تعرف في موضعه إن شاء الله.

(١٥٩٨) قال عبد في يدي رجل ادعاه رجل أنه عبده وأقام على ذلك شاهدين لا يعرفهما القاضي، لم يلحد من يد المدعى عليه؛ لأن الأحد من يده والوضع على يدي العدل في فصل الأمة إنما كان صيانة للمرح، وإسه معلوم ههنا^(٢).

١ - شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٩٦/٣.

٢ - الفتاوى الهندية ٣٧٩/٣.

(١٥٩٩) ولكن القاضي يأخذ كفيلاً من المدعى عليه بنفسه وبمس العبد، أما أخذ الكفيل بنفس العبد؛ لأن الإشارة إلى العبد وقت القضاء أمر لا بد منها لصحة القضاء، ولو لم يوجد كفيل العبد^(١) ربما يعيب، فيعجز القاضي عن القضاء بالعبد.

وأما أحد الكفيل بمس المدعى عليه لجوار أنه يعيب، والقضاء على العائب لا يجوز^(٢).

ثم يأمر القاضي المدعى عليه أن يجعل الكفيل بنفسه وكياً بالخصومة حتى أنه إذا عاب ولم يقدر الكفيل على إحضاره فالمدعى يحاصم الكفيل ويقضي عليه.

ولكن إن أبى المدعى عليه أن يجعله وكياً فالقاضي لا يجبره، بخلاف ما إذا أبى إعطاء الكفيل حيث يجبره عليه، فإن لم يجد المدعى عليه كفيلاً فالقاضي يقول للمدعى: الزم المدعى عليه والعبد^(٣).

(١٦٠٠) فإن كان المدعى لا يقدر على ذلك وكان المدعى عليه مخوفاً على ما في يده بالإتلاف، أو كان فاسقاً معروفاً بالمحور مع العلمان، فالقاضي يصعه على يدي عدل، ولكن هذا لا يختص بالمدعى والسب، بل في كل موضع كان صاحب العلم معروفاً بالمحور مع العلمان، يخرجه القاضي

١ - وفي نسخة "ح" (فلو لم يوجد كفيلاً بالعبد).

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٩.

٣ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٩.

عن يده، ويضعه على يدي عدل، حتى يبيعه بطريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر^(١).

(١٦٠١) ثم إذا وضعه على يدي عدل أمره القاضي بأن يكتسب ويفق على نفسه إذا كان قادراً على الكسب، ولم يذكر مثل هذا في الأمانة؛ لأنها عاجزة عن الكسب عادةً حتى لو كانت الأمة قادرةً على الكسب بأن كانت عسالةً معروفةً أو حنابلةً، تؤمر بالكسب أيضاً.

(١٦٠٢) ولو كان العبد عاجزاً عن الكسب لمصره أو صعره يؤمر المدعى عليه بالنفقة، هكذا حكى عن الفقيه أبي بكر الشافعي والفقيه أبي إسحاق الحافظ رحمهما الله.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف^(٢) رحمهما الله: "في رجل ادعى جارية على رجل أنه له وأقام على دعواه بينة، فركبت بينته وقد كان القاضي وضعها على يدي عدل وهرب^(٣) المدعى عليه، قال يبيعي أن يأمر العدل بأن يواجهها ويفق عليها من أجرها، وإن كان لا يواجهها مثلاً أمرته بأن يستدين بالنفقة عنها، فإذا أبست من صاحبها أمرت ببيعها فبدأت من الثمن بالدين، فأدينه وودعت الباقي من الثمن، فإذا جاء الذي كانت في يديه قضيت عليه

١ - شرح أدب القاضي للمصنف الشهيد ٢٠٦/٣.

٢ - وفي الفتاوى الهندية (عن محمد رحمه الله يد عن أبي يوسف رحمه الله)

٣ - وفي نسخة "ج" (أو يقرب للمدعى عليه).

بقيمة الجارية؛ لأنني بعها على الذي كانت في يديه، فإن كان عليه دين
فمستحق الجارية أحق بهذا الثمن من العرماء؛ لأنها بمنزلة الرهن حين وضعها
القاضي على يدي عدل^(١).

(١٦٠٣) وذكر في إجازات المسوط في باب إجارة اندواب:
وللقاضي أن يضع فضل لمن عد العائب على يدي عدل.

وصورته إذا باع الرجل عبداً فعاب المشتري قبل نقد الثمن ولا يدرى
مكانه، فأقام السائح بية على ذلك عند القاضي، فإنه يقبل البية ويبيع العبد
ويقضي دين العائب من ثمنه، فإن فصل شيء من الثمن وضعه على يدي عدل،
وذكر ثمة أيضاً وللقاضي أن يبعث مال العائب إلى العائب إذا خاف الهلاك

(١٦٠٤) وله أن يأخذ مال الصغير من يد والده إذا كان الوالد مسرفاً
مبدراً، ويضعه على يدي عدل إلى أن يلع اليتيم^(٢).

(١٦٠٥) وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في المسوط: وللقاضي أن
يقرض مال اليتيم ومال العائب، وأن يبيع منقوله إذا خاف الهلاك، ويضعه على
يدي عدل، بشرط أن لا يعلم مكان العائب حتى إذا علم مكان العائب لا يبيع
ماله^(٣).

(١٦٠٦) قال دابة أو ثوب في يد رجل ادعى عليه آخر، وأقام بية
فطلب المدعي من القاضي أن يضعه على يدي عدل لم يحبه القاضي؛ لأن في

١ - الفتاوى الهندية ٣٧٩/٣

٢ - البحر الرائق ٢٩٦/٦ والخاتمة ٤٥٠/٢.

٣ - البحر الرائق ٢٩٦/٦ والخاتمة ٤٤٩/٢.

ذلك قصر يد المدعى عليه بغير حجة، ولكن القاضي يأخذ من المدعى عليه كفيلاً بنفسه وكيفلاً بالحصومة إذا طابت نفس المدعى عليه، وقد ذكرنا هذه المسألة^(١)

(١٦٠٧) قال هشام: سألت محمداً رحمه الله عن رجل: في يديه رطب، أو سمك طري، أو ما أشبه ذلك، فادّعاه بسان أنه له، وقدمه إلى القاضي، وهو مما^(٢) يفسد إن تركه، وقال المدعي: يبي في المصر، قال: لا أقف في ذلك، ولكن أقول له: إن شئت أحلفه على دعواك. فإن حلف لم يكن له أن يتبعه، وإن قال: أنا أحصر البيعة يعني اليوم وإلى أوجهه إلى قيام القاضي وأقول للمدعي عليه: لا تبرح إلى قيامه، فإن فسد^(٣) ذلك الشيء لا ضمان على المدعى بحبسه عليه^(٤).

وروى عمرو بن أبي عمرو عن محمد رحمه الله رجل اشترى من آخر سمكاً، أو لحماً طرياً، أو فاكهة، أو ما أشبه ذلك، مما يتسارع إليه الفساد، ثم حجده النائع، وأقام المشتري على ذلك شاهدين، أو شاهداً واحداً، واحتاج القاضي إلى أن يسأل عن الشهود، قال: إن كان شاهد للمدعي شاهد واحد، وقال: الشاهد الآخر حاصر، أجله في شهادة الآخر

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٧٩؛ وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/٢٠٥

٢ - وفي نسخة "ج" (وهو كما يفسد إن).

٣ - وفي نسخة "ج" (فإن قيد ذلك الشيء).

٤ - الفتاوى الهندية ٣/٣٨٠.

إلى أن لا يحيف المصاد، فإن أحضر، ولا حلتى بين البائع وبين ما باعه،
ونهى المشتري أن يتعرض له^(١).

ولو كان أقام شاهدين أمر البائع بدفعه إلى المشتري إذا حيف عييه
المصاد، وإذا قبضه المشتري أحده القاصي وأمر أمياً ببيعته وقبض لمة ووضع
التمس على يدي عدل، فإن ركبتم البية قضى بالتمس للمشتري وأمر المعدل
بدفع التمس إليه، وإن لم ترك البية سلم القاصي ذلك التمس إلى البائع^(٢).

(١٦٠٨) ذكر شيخ الإسلام رحمه الله إذا كان المدعى به مقولاً
وطلب المدعى من القاصي أن يصعه على يدي عدل ولم يكلف^(٣) بإعطاء
المدعى عليه كفيلاً بنفسه وبمس المدعى به، فإن كان عدلاً والقاصي لا يجيبه،
وإن كان فاسقاً أجابه، وفي العقار لا يجيبه إلا في الشجر الذي عليه ثمر^(٤).

(١٦٠٩) وفي أدب القاصي للخصاف في باب ما لا يصعه القاصي
على يدي عدل: إذا قالت المرأة للقاصي لست آمن على نفسي من روجي أن
يقربني في حالة الحبص فصعني على يدي عدل والقاصي لا يلتفت إلى ذلك^(٥).
وإذا ادعى على امرأة كثيرة نكاحاً وهي تمحذ فأقام بية عليها وسأل من
القاصي أن يصعها على يدي عدل حتى يسأل عن شهوده والقاصي لا يفعل

١ - الفتاوى الهندية ٣/٣٨٠.

٢ - الفتاوى الهندية ٣/٣٨٠.

٣ - وفي نسخة "ب" و "ج" (ولم يكلف).

٤ - الفتاوى الهندية ٣/٣٨٠.

٥ - شرح أدب القاصي للنصر الشهيد ٨/٣٢٨؛ والفتاوى الهندية ٣/٣٨٠.

ذلك، وكذلك الجارية البكر إذا كانت في منزل أبيها، جاء رجل وأدعى نكاحها
فالقاضي لا يضعها على يدي عدل^(١).

(١٦١٠) وفي كتاب الصلح: أمة بين رجلين خاف كل واحد منهما
صاحبه عليها، فقال أحدهما: تكون عندك يوماً، وعندي يوماً، وقال الآخر:
بل نضعها على يدي عدل، فإني أجعلها عند كل واحد منهما يوماً، ولا
أضعها على يدي عدل، قال مشايخنا رحمهم الله: ويحتاط في باب الفروج في
جميع المواضع، نحو العتق في الجوارى والطلاق في النساء وغير ذلك إلا في هذا
الموضع، فإنه لا يحتاط لحشمة ملكه، وهو نظير ما أثير القاضي أن فلاناً يأتني
جواريه في عمر المأني ويستعملهن في العاء، ويطأ زوجته في حالة الخيص، وأنته
من غير استبراء لا يكون للقاضي عليه سبيل لحشمة ملكه، كذا هما

تم الجزء الثالث
بحمد الله سبحانه وتعالى
وبإليه الجزء الرابع
وأوله بيان جواز التحكيم

الفهرس العام

الرقم	العنوان	الصفحة
١-	بيان أرض الموات	٣
٢-	تعريف أرض الموات	٣
٣-	اشترائط إدن الامام للإحياء	٦
٤-	تفسير الإحياء	٦
٥-	التحجير	٧
٦-	ترك أرض الموات بعد إحيائها	٨
٧-	إحياء الدمى	١٠
٨-	بيان الكفارات	١٠
٩-	كفارة اليمين	١٠
١٠-	حصال الكفارة	١١
١١-	الكسوة	١١
١٢-	الإعتاق	١٢
١٣-	بيان تداحل الكفارات	٢٠
١٤-	الإطعام	٢١
١٥-	الصوم	٣١
١٦-	كفارة الطهار	٣٣
١٧-	من يحور طهاره	٣٣

٣٤	تعلیق الطہار بشرط	١٨-
٣٤	ما یتحقق به الطہار	١٩-
٣٥	البیة فی الطہار	٢٠-
٣٨	تعلیق الطہار بالمشیئة	٢١-
٣٨	توقیت الطہار	٢٢-
٣٨	الطہار المعلق علی الترویج	٢٣-
٤٠	طہار المسلم والذمی والمرند	٢٤-
٤٠	طہار السكران والمکره والأعرس	٢٥-
٤١	وطء المظاهر مہا قبل التکفر	٢٦
٤١	تفسیر العود	٢٧-
٤٢	حكم کفارة الطہار	٢٨-
٤٣	جماع المظاهر مہا خلال التکفر بالصوم	٢٩-
٤٤	العجر عن الترتیب فی کفارة الطہار	٣٠-
٤٦	الإطعام فی کفارة الطہار	٣١-
٤٦	الإعتاق فی کفارة الطہار	٣٢-
٤٨	کفارة الفطر	٣٣-
٥٠	سبب وجوب الکفارة	٣٤-
٥٧	کفارة القتل	٣٥-
٥٨	کفارة محظورات الإحرام والحج	٣٦-
٥٩	بیان مشروعیة صدقة الفطر فی ضوء الکتاب	٣٧-

والسنة المطهرة

٥٩	مشروعية صدقة الفطر	٣٨-
٦٠	من تجب عليه صدقة الفطر	٣٩-
٦٣	سبب وجوب هذه الصدقة	٤٠-
٦٤	تعجيل صدقة الفطر	٤١-
٦٦	بيان مصرف بيت مال الزكاة	٤٢-
٦٦	أولاً وثانياً : الفقراء والمساكين	٤٣-
٦٧	ثالثاً : العاملون عليها	٤٤-
٦٩	رابعاً : المولعة قلوبهم	٤٥-
٧٠	خامساً : الرقاب	٤٦-
٧١	سادساً : العارمون	٤٧-
٧١	سابعاً : ابن السبيل	٤٨-
٧٢	صرف الزكاة إلى صف واحد من الأصناف	٤٩-
	النوع الثالث في مال الخراج والجزية	٥٠-
	النوع الثالث في بيان بيت مال الخراج والجزية وصدقات بني تغلب وما يأخذ العاشر من الكفرة وما يجمع بين الخراج والجزية ومصارف هذه الأموال.	
٧٥	خراج الأرض	٥١-
٧٦	أرض الخراج	٥٢-
٧٨	ماء الخراج	٥٣-
٧٨	مقدار الخراج	٥٤-

٥٥	بيان ذراع الملك	٨٠
٥٦	بيان الفقير	٨٠
٥٧-	المراد من الدرهم	٨٢
٥٨-	تقدير الخراج	٨٣
٥٩-	من يجب عليه الخراج ومن لا يجب	٨٦
٦٠-	بيان الأسباب الموجبة لسقوط الخراج	٩٨
٦١-	بيان حوار تعجيل الخراج	١٠٠
٦٢	تعجيل الخراج	١٠٠
٦٣-	أوان وجوب الخراج	١٠٢
٦٤	بيان المسائل المتفرقة	١٠٣
٦٥-	بيان مسائل الجزية	١٠٧
٦٦-	وجوب الدعاء إلى الإسلام أو إلى إعطاء الحرية	١٠٧
٦٧-	بيان حوار ترك الحرب دحوه دار الإسلام	١١٢
٦٨-	بيان من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل	١١٤
٦٩-	بيان ما يجب على أهل الذمة	١١٤
٧٠-	بيان وقت وجوب الجزية	١١٨
٧١-	بيان ما يوجب سقوط الجزية	١٢٠
٧٢-	بيان متى يصير الحرب ذمياً	١٢٢
٧٣-	بيان ما يفعل بأهل الذمة بعد ضرب الحرية	١٣٠
٧٤-	بيان ما يجمع بين حراج الرؤوس والأراضي	١٤٥

٧٥	بيان المصارف ..	١٤٨
----	-----------------	-----

٧٦- النوع الرابع

في بيان بيت مال الخمس يعني خمس الغنائم

١٥٠	والمعادن والركاز وبيان مصارف هذه الأموال
-----	--

٧٧	تعريف العنينة والكثرة والمعدن والركاز
----	---

٧٨-	ما يجب في المعدن	١٥١
-----	--------------------------	-----

٧٩-	حكم الركاز وما يجب فيه	١٥٥
-----	--------------------------------	-----

٨٠-	ما يجب في جواهر البحر	١٦١
-----	-------------------------------	-----

٨١	حكم الرقيق والغير والقط	١٦٥
----	-------------------------	-----

٨٢	ركاز دار العهد	١٦٦
----	----------------	-----

٨٣-	حكم الذرة	١٦٨
-----	-------------------	-----

٨٤-	الركاز في أرض الصلح	١٦٨
-----	-----------------------------	-----

٨٥-	زروع المسلمين في دار الحرب	١٦٩
-----	------------------------------------	-----

٨٦- النوع الخامس

في بيان مال اللقطات والتركات

١٧١	مصارف بيت المال
-----	-----------------------

٨٧-	استقراض الإمام من أحد بيوت بيت المال للأحر	١٨٦
-----	--	-----

٨٩- الباب الرابع الفصل الأول

فيما ينبغي للقاضي أن يفعل

١٨٧

١٨٧	رد الخصوم إلى الصلح	٩٠
١٨٨	كيفية تعامل القاضي مع الشهود ..	-٩١
١٨٩	تصرف القاضي في مال اليتيم	-٩٢
١٩٣	إعلام المدعي عليه بالدعوى	٩٣
١٩٤	قول القاضي للحصير أ أحكم بيسكما ؟	-٩٤
١٩٤	أخذ القاضي الأجرة على أعماله	-٩٥
١٩٦	بيان ما يفعل القاضي انقلد مع القاضي المعرول	-٩٦
١٩٦	تعيين أمين لقبص ديوان القاضي المعرول	-٩٧
١٩٧	أعمال أمناء القاضي الجديد	-٩٨
١٩٨	تصرف القاضي الجديد مع المحوسين	-٩٩
١٩٨	بيان أنواع الحبس ..	-١٠٠
٢٠٠	حكم المحوسين في الحدود الخالصة لله تعالى	-١٠١
٢٠١	تصرف القاضي الجديد في الودائع ..	-١٠٢
	بيان ما يقضي القاضي بخلاف ما يعتده المحكوم	-١٠٣
٢٠٣	له، أو المحكوم عليه	
٢٠٦	اختلاف الفتوى	-١٠٤
٢٠٧	رجوع القاضي عن قصته	-١٠٥
٢٠٨	قصاء القاضي إذا وقع بخلاف الحق	-١٠٦
٢١٨	بيان قصاء القاضي في المجتهدات	-١٠٧
٢١٨	القصاء بالمختلف فيه والمسوح	١٠٨

٢٢٤ حجية قول الصحابي	- ١٠٩
٢٢٦ تقديم قول الصحابي على القياس	- ١١٠
٢٢٨ تقليد المجتهد للمجتهد	- ١١١
٢٢٨ تقليد الصحابي	- ١١٢
٢٣٤ قول الصحابي فيما لا يدرك بالقياس	- ١١٣
٢٣٧ تعيين المقادير	- ١١٤
٢٣٩ قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالف	- ١١٥
	ما اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم فالحق لا	- ١١٦
٢٤٣ يعدو أقاويلهم	
٢٤٤ مخالفة التابعي لإجماع الصحابة	- ١١٧
٢٤٩ الإجماع بعد الاختلاف	- ١١٨
٢٥٢ ما يتوقف من الأقضية على إمضاء قضاء آخر ...	- ١١٩
٢٥٦ القضاء في المختلف فيه	- ١٢٠
٢٥٧ اشتراط الخصومة للقضاء في المجتهدين	- ١٢١
٢٦١ القضاء بشهادة من لا تقبل شهادته	- ١٢٢
٢٦٣ قضاء المرأة	- ١٢٣
٢٦٣ القضاء بقتل في قسامة	- ١٢٤
٢٦٤ القضاء بجواز متعة النساء	- ١٢٥
٢٦٥ القضاء بخلاص	- ١٢٦

٢٦٦	القضاء بعفو النساء عن دم العمد	- ١٢٧
٢٦٧	قضاء القاضي في المجتهد فيه بخلاف رأيه	- ١٢٨
٢٦٨	نسيان القاضي مذهبه وقضاؤه بغيره	- ١٢٩
٢٦٩	القضاء بالفتوى	- ١٣٠
٢٧١	تفويض القاضي القضاء إلى قاض آخر	- ١٣١
	القضاء بالطلاق المضاف إلى الملك ، واليمين	- ١٣٢
٢٧٢	بـ " كلما "	
٢٧٥	التحكيم في المجتهدات	- ١٣٣
٢٧٨	نصب القاضي خصماً عن الجنون	- ١٣٤
٢٨٠	القضاء بتنصيب الجهاز عند الطلاق قبل الدخول	- ١٣٥
٢٨١	القضاء بسقوط المهر لعدم النكاح	- ١٣٦
٢٨١	القضاء بالقرعة	- ١٣٧
٢٨٢	كتاب القاضي إلى القاضي في فصل مجتهد فيه ...	- ١٣٨
٢٨٢	القضاء ببرد النكاح بالعيب	- ١٣٩
٢٨٣	القضاء بجواز النكاح بغير الشهود	- ١٤٠
٢٨٣	القضاء ببطان طلاق الحامل والحائض	- ١٤١
٢٨٤	القضاء بالشهادة على الشهادة	- ١٤٢
٢٨٤	القضاء بنصب وكيل عن الغائب	- ١٤٣
٢٨٩	القضاء ببيع الماء بغير أرض	- ١٤٤

٢٨٩ قضاء القاضي لامرأة بشهادة زوجها	-١٤٥
٢٨٩ قضاء القاضي لامرأته	-١٤٦
٢٩٠ قضاء الأعمى	-١٤٧
٢٩٠ القضاء ببطالان طلاق المكره	-١٤٨
٢٩٠ القضاء بعدم التأجيل للعندين	-١٤٩
٢٩٠ بيع القاضي مال الصغرى بغير فاحش	-١٥٠
٢٩١ القضاء بالشهادة على البلوغ	-١٥١
٢٩٢ القضاء من غير بيان وجه القضاء	-١٥٢
	الفصل الثاني	-١٥٣

فيما يجوز قضاء القاضي وما لا يجوز

النوع الأول

في بيان ما لا يجوز للقاضي أن يقضي لنفسه ولمن لا

٢٩٥	تقبل شهادته له	
٢٩٥ القضاء والشهادة في حق نفسه	-١٥٤
٢٩٦ ادعاء القاضي لنفسه	-١٥٥
٢٩٧ قضاء القاضي لو كيله	-١٥٦
٢٩٧ قضاء القاضي لشريكه	-١٥٧
	أمر القاضي لثائبه بسماع الدعوى والشهادة	-١٥٨
٢٩٩ وكتابة الإقرار	

٣٠٠ شهادة الشهود بحق عند خليفة القاضي	- ١٥٩
٣٠١ قضاء القاضي للإمام الذي ولّاه أو عليه	- ١٦٠
٣٠٢ نصب القاضي مستخراً عن غائب	- ١٦١
٣٠٤ كون المقضي به خارجاً عن ولاية القاضي	- ١٦٢
	النوع الثاني	- ١٦٣
	فيما يجوز للقاضي أن يضعه على يدي عدل وما لا	
٣٠٨ يجوز	